

DE NUEVO SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO: PLANTEAMIENTOS IDEOLÓGICOS Y FUNCIONALIDAD TÉCNICA

POR

LUIS MARTÍN REBOLLO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La teoría del servicio público en la polémica del criterio conceptual del Derecho administrativo.—3. Los orígenes jurisprudenciales de la teoría del servicio público.—4. La obra de Léon Duguit y el carácter omnicomprendido del servicio público en su concepción de un Estado en transformación: A) Excurso sobre las relaciones ley-reglamento en la obra de Duguit: una reflexión de actualidad.—5. Gastón Jèze y la tecnificación del servicio público como criterio central del Derecho administrativo.—6. Los planteamientos ideológicos que subyacen en la teoría del servicio público y la justificación de la expansión del poder del Estado.—7. Recepción y crisis de la teoría del servicio público como elemento explicativo global del Derecho administrativo. Crisis de la técnica, auge de la idea.—8. La evolución posterior: la declaración de un sector como servicio público y algunos problemas prácticos a la luz de la Constitución española de 1978.—9. Conclusión. Los restos del naufragio: la idea del fin como criterio básico.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando hace ya más de treinta años se publicaba el primer número de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y, con él, se iniciaba la renovación del Derecho administrativo español, sentando las bases de su fructífero presente, estaba ya en crisis la teoría del servicio público como elemento explicativo global de nuestra disciplina en el país que la vio nacer.

Por eso, el insistir hoy, de nuevo, sobre el servicio público, muchos años después del apogeo de su crisis, requiere alguna mínima explicación, porque significa también incidir, de alguna manera, en la vieja polémica del concepto del Derecho administrativo cuyos polos de tensión han basculado siempre entre las funciones concretas y los sujetos intemporales, dando lugar a las diversas concepciones funcionales, objetivas y materiales o a las concepciones subjetivas y personalistas, que han encontrado amplio predicamento, y con razón, entre nosotros.

Hablar, pues, hoy, de una cierta «vuelta» a DUGUIT no significa abandonar los puntos de vista subjetivos para explicar preferentemente las bases del Derecho administrativo, sino reflexionar también sobre la incidencia del texto constitucional, en la medida en que, con él, es necesario apelar, a mi juicio, a los contenidos materiales que en dicho texto se reservan a la Administración pública y a los demás poderes públicos.

Así pues, insistir, de nuevo, sobre el servicio público, hablar en cierto modo de una «vuelta» a DUGUIT significa completar los elementos subjetivos, que están en la base de una de las explicaciones globales del Derecho administrativo, con los elementos objetivos, concretos, temporales, de nuestro reciente texto constitucional, para verificar un dato muchas veces olvidado cuando se opera exclusivamente con categorías dogmáticas. Me refiero a la historicidad del Derecho, a la cadena en la que las categorías son simples eslabones que explican los anteriores pero sin los cuales no serían seguramente posibles los siguientes. Uno de estos eslabones fue la teoría del servicio público, que no se puede enviar, sin más, a las cavernas de un pasado remoto, como objeto de un interés exclusivamente erudito o histórico. Por encima de la crisis del servicio público como categoría técnica renace de nuevo, a mi modo de ver, el significado ideológico de su primitiva exposición, lo que obliga a preguntarnos también, desde las nuevas coordenadas del texto constitucional, por su valor actual.

Una buena ocasión para intentar este acercamiento es precisamente la efemérides gozosa de este número extraordinario de la REVISTA en la que se ha forjado, a golpe de monografías, nuestro moderno Derecho administrativo y en el que, de alguna forma, los más jóvenes rendimos también tributo de admiración y agradecimiento con nuestro propio trabajo a quienes, en un clima mucho menos propicio, se embarcaron en la tarea de renovar los temas y las bases de nuestra disciplina en la creencia de que así también se luchaba por configurar la vida política y social en términos de tolerancia y pacificación a través del Derecho. Esa generación, hoy en plena madurez científica, nos ofreció también, en la preciosa colección de esta REVISTA, experiencias, caminos, orientaciones y nuevas perspectivas. Nuestra responsabilidad hoy, para quienes les seguimos llamando maestros, es la fidelidad; fidelidad a un talante, a unos modos de hacer, a un pequeño haz de principios esenciales configurados como creencias básicas; fidelidad que consiste, como apuntaba hace poco el maestro

GARCÍA DE ENTERRÍA, no en una manera unitaria de solventar los problemas, sino, precisamente, en la forma de enfrentarse a ellos (1).

Pero volvamos a nuestro tema. Para tomarlo en su global significación es preciso comenzar por el principio.

2. LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA POLÉMICA DEL CRITERIO CONCEPTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La presencia amplia y diversa de la Administración en nuestra sociedad es el resultado de una serie de factores lógicos, pero sobre todo fruto de una concatenación histórica, lo que significa que aprehender el significado y la esencia de esa Administración es una tarea harto difícil desde planteamientos funcionales y materiales dada la variabilidad esencial de esas funciones a lo largo de la historia. La búsqueda de otro tipo de criterios, basados inicialmente en los aspectos formales, o, más tarde, en puntos de vista subjetivos poniendo el acento en el carácter de persona jurídica de esa Administración pública, acercaba más el concepto de la Administración a una contemplación abstracta y, en cierto modo, intemporal de la misma, sobre todo en lo que se refiere a las concepciones subjetivas, revalorizadas una vez que se apuntó la posibilidad de que la Administración pudiera actuar también despojada, en parte, de su ropaje autoritario a través de fórmulas paccionadas o fomentando la participación. Y, sin embargo, con todo, la pregunta que queda en el aire todavía, al menos desde mi punto de vista, plantea justamente el interrogante de si el concepto de Administración pública, en la medida en que es el *sustratum* necesario para el del Derecho administrativo, puede prescindir de ese carácter histórico, funcional si se quiere, para buscar exclusivamente una caracterización intemporal y con pretensiones de universalidad. Estos son los dos polos, las dos tendencias, ciertamente contradictorias, en las que se desenvuelve toda la larga polémica del concepto del Derecho administrativo hasta nuestros mismos días. Una polémica que parte de concepciones contrapuestas en principio, aunque quepa señalar la posibilidad de la complementariedad de las distintas perspectivas, si no desde los principios inherentes a cada una de ellas

(1) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Cuatro maestros de París, una época del Derecho Administrativo*, en «Revista Española de Derecho Administrativo» (REDA), número 26 (1980), pp. 477 y ss., en concreto, p. 482.

si como contribuciones válidas para la edificación del moderno Derecho público, del Derecho administrativo de nuestros días, en el sentido expresado hace algunos años por André DE LAUBADÈRE (2). En la medida en que, históricamente, cada aportación ha significado una perspectiva de la que han dimanado aspectos e ideas que son hoy patrimonio común de la doctrina, cada aportación, cada teoría ha dejado su huella y su rastro y ha contribuido, por su aceptación o su crítica, al nacimiento de nuevas y enriquecedoras líneas doctrinales.

Lo que acaba de decirse es ya una peculiaridad notable del Derecho administrativo. En efecto, es difícil encontrar otra disciplina jurídica en la que el tema del concepto haya hecho correr tantos ríos de tinta y haya dado lugar a tantas y tan encontradas concepciones. Los administrativistas se han empeñado, durante años, en encontrar un criterio único y explicativo de la esencia de esta disciplina. ¿A qué se ha debido esta tan ardua y en buena medida inútil búsqueda?, ¿a qué profundas razones ha obedecido un esfuerzo tan considerable que no encuentra otro parejo en las demás ramas jurídicas? Porque, si en otras disciplinas se han buscado los rasgos fundamentales de

(2) Este autor, en efecto, analizando el pensamiento de dos de los más importantes autores del Derecho Administrativo francés contemporáneo —DUGUIT y HAURIU— apuntaba la idea de que por encima de las diferencias que los enfrentaron en vida su aportación es hoy ya un patrimonio de ideas incorporadas al Derecho Administrativo moderno, de forma que lo hay que destacar de su obra común es precisamente la contribución de ambos —diversa y contrastada— a la construcción de ese moderno Derecho. «Cuando se observa hoy —dirá DE LAUBADÈRE— la forma en que la doctrina expone el Derecho Administrativo se puede constatar que esa sistematización se nutre de cierto número de ideas que se pueden llamar ideas modernas, una concepción, una visión moderna del Derecho Administrativo. Trátese del contencioso-administrativo, de la responsabilidad de las colectividades públicas, del dominio o de la función pública, sucede que un fondo común, un patrimonio de ideas modernas son aceptadas hoy por todos los autores, que discuten a partir de estas ideas sobre sus implicaciones, sus prolongaciones, pero están de acuerdo en admitir estos puntos de partida doctrinales que se han convertido en tan familiares que, en muchos casos, no se plantea ni siquiera la cuestión de su paternidad. Es en el establecimiento de ese fondo común de concepciones modernas donde los nombres de HAURIU y DUGUIT están estrechamente asociados, asociación que se traduce en el hecho de que sus dos nombres son citados en nuestros manuales actuales como punto de origen de muchas de esas concepciones. Ciertamente, a menudo, los conceptos no son íntegramente los mismos en cada uno de nuestros dos autores; con frecuencia se separan en relación con tal o cual punto, a veces importante, pero estas divergencias parciales no hacen desaparecer su aportación común» (cfr. *Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit*, en «Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse», tomo XVI, 1968, pp. 209 y ss., hoy recogido en el volumen-homenaje a los profesores DE LAUBADÈRE, MATHIOT, RIVERO y VEDEL, publicado con el título genérico *Pages de doctrine*, 2 tomos, París, 1980, y en el que se compilan los más significativos trabajos de estos cuatro maestros. El trabajo que ahora cito, en el tomo I de esta obra, páginas 11 y ss. y la cita concreta en p. 26).

las instituciones propias infiriendo de las mismas un concepto por lo general pacíficamente aceptado que describe el objeto de cada una de ellas, en el Derecho administrativo se ha intentado ir más allá, se ha intentado hacer un esfuerzo de síntesis superador incluso de los varios principios sustentadores del edificio jurídico para buscar un criterio único, delimitador, explicativo, auténtica idea-fuerza de la que hacer derivar consecuencias decisivas. De eso se trataba, ciertamente. De hacer derivar ciertas consecuencias decisivas. Esa es la razón de esta búsqueda infructuosa y tenaz. Esta singular originalidad del Derecho administrativo no se debe, como apunta RIVERO, a una hipertrofia del espíritu de síntesis entre los tratadistas, sino «mucho más prosaicamente a circunstancias positivas y a las condiciones de elaboración del Derecho administrativo» (3). En efecto, una cuestión práctica está en el origen de este intento conceptual, una cuestión práctica que ha venido a enturbiar —y, en cierto modo, continúa haciéndolo—, aspectos sustanciales del problema. La cuestión no es otra que la delimitación de competencias jurisdiccionales, la búsqueda del juez ordinario o del juez administrativo, el reparto de jurisdicciones, sobre todo en los momentos originarios y en Francia, precisamente —dado que los términos del problema hallarán otra vertiente en España tras la definitiva judicialización de la jurisdicción contenciosa— donde la coexistencia de dos órdenes jurisdiccionales obligaba a superar las atribuciones casuísticas y encontrar una regla de distribución clara y a la vez simple. Como dice Jean RIVERO, «frente al Derecho civil, conocido bajo todos sus aspectos, largamente elaborado, era necesario, en la medida de lo posible, descubrir, a través de las materias aparentemente confusas de un Derecho administrativo mal explorado, un criterio, un signo infalible, que permitiera a cada uno reconocer la situación regulada por reglas “derogatorias del Derecho común” y, por ello mismo, en caso de conflicto, elegir su juez» (4). He ahí, pues, el origen y todavía la causa de la debatida

(3) Jean RIVERO: *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», núm. 2, abril-junio 1953, pp. 279 y siguientes, hoy en el ya citado volumen *Pages de doctrine*, por donde cito, tomo II, páginas 187 y ss., en concreto p. 188.

(4) *Vid.* J. RIVERO: *Existe-t-il un critère...*, cit., p. 188, donde añadirá: «Esta necesidad se impuso desde el momento en que fue abandonada la primitiva justificación de la dualidad de jurisdicciones y se comprobó que la protección de la Administración no requería la eliminación del juez ordinario de todos los litigios en los que aquélla era parte. Ante la división de competencias jurisdiccionales fue preciso buscar, superado el motivo político, un motivo jurídico: se le encontró en la idea de un derecho administrativo autónomo, apelando

cuestión del concepto, pero también, como decía antes, el pretexto o la circunstancia específica que ha posibilitado, en el camino de esa finalidad, encontrar nuevos atajos y aperturas hacia problemas si no nunca abordados, probablemente, y que han sido después firmes pilares para el desenvolvimiento de ese Derecho cuyo concepto se buscaba. Esos esfuerzos no han sido vanos, dirá RIVERO, «en la medida en que han puesto sucesivamente al día los principios fundamentales de la disciplina; su único error ha sido, sin duda (...), hipertrofiar cada uno de esos principios y oponerlos unos contra otros» (5). Obsérvese que la conclusión a la que llega RIVERO es muy parecida, en este punto, a la apuntada por A. DE LAUBADÈRE que hemos citado más atrás. Es la hora de los sincretismos, de los eclecticismos, quizá poco brillantes, pero más adecuados a la realidad compleja, dirá RIVERO más adelante. Quizá sea también la hora de las síntesis que, sin yuxtaponer las distintas teorías, sí las entrelacen. A propósito de estas cuestiones —la importancia de las construcciones subjetivas y las objetivas— ya el decano HAURIUO afirmaba con rotundidad en 1903: «No podemos soñar con yuxtaponer sin entrelazarlas la una con la otra, porque el Derecho, que es una obra viva, necesita, como la vida, de síntesis» (6).

No nos podemos detener ahora en otras consideraciones que, sin duda, serían pertinentes (7). Baste decir que el origen común de las concepciones funcionales, objetivas y materiales estribaba en poner el acento en la función administrativa en cuyas notas características

desde entonces a la intervención de un juez especializado; criterio de la competencia administrativa, autonomía del derecho administrativo, sistematización del derecho administrativo en torno a un principio único, históricamente, desde el momento en que apareció la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, hace ya más de un siglo, es todo uno. Si la noción de servicio público ha cesado de proporcionar a la doctrina un principio aceptable para la sistematización del derecho administrativo es, en primer lugar, porque esta idea ha cesado de jugar, para la jurisprudencia, su papel como criterio de competencia.»

(5) *Existe-t-il un critère...*, cit., p. 198.

(6) Prefacio a la 5.ª edición del *Précis de Droit administratif et de Droit public général*, con el título genérico «Introducción al estudio del Derecho Administrativo francés», recogido en el volumen preparado por J. SANTAMARÍA y S. MUÑOZ MACHADO, *Obra escogida*, Madrid, 1976, pp. 45 y ss., en concreto, la cita en p. 72.

(7) Para un mayor detalle, mi *Memoria sobre el concepto del Derecho Administrativo*, presentada al concurso-oposición a la plaza que ahora ostento, todavía inédita. Una parte sustancial de la misma, ampliamente reelaborada, espero publicarla en breve en forma de libro. Por lo demás, el trabajo que ahora se publica es ampliamente tributario de ese futuro libro. Con algunas modificaciones constituye, básicamente, el epígrafe cuatro del capítulo segundo.

estaría la clave del criterio que definiera esa función. Sin duda, tales concepciones eran insuficientes y en ese sentido es de destacar la importancia de las tesis subjetivas brillantemente sustentadas entre nosotros por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, y no sólo por él. Pero interesa también cuestionar si tales concepciones, además de caracterizar dogmáticamente a la Administración como una persona jurídica y en tal sentido significar un innegable avance que estabiliza jurídicamente el concepto de la Administración y del Derecho que la regula, si tales concepciones, digo, nos definen y describen nuestra Administración, la que quiere el texto constitucional, que añade, además de datos abstractos, objetivos precisos y funciones concretas para ella. En todo caso, no es esta una historia de la evolución del concepto del Derecho administrativo, sino una nueva reflexión sobre un intento de reconducir a la unidad, a un criterio único, una actividad administrativa que nunca ha sido homogénea. Como tal criterio único estaba destinado al fracaso casi desde sus comienzos, pero quizá al entrecruzarse y complementarse con otras teorías nos ayude a reflexionar no sobre la Administración en abstracto, sino sobre *esta* Administración, es decir, sobre la Administración a la que se refiere nuestra reciente Constitución. Esta tarea acaso sea posible todavía con la ayuda de este viejo criterio. Se trató de un intento especialmente brillante representado por una de las teorías que más influencia ha tenido y aún tiene en Francia en la caracterización global del Derecho administrativo. Me refiero, claro está, y es el objeto de nuestro estudio, a la teoría del servicio público (8) que, desarrollada inicialmente

(8) Sobre la teoría del servicio público, aparte de los textos directos de los más destacados representantes de esta dirección doctrinal, que citaremos después, puede verse E. PISIER-KOUCHNER: *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, París, 1972. Un excelente resumen puede encontrarse en A. DE LAUBADÈRE: *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 6.ª ed. (hay edición posterior), París, 1973, en especial pp. 40 y ss. Consúltense también las referencias generales a esta teoría en las obras relativas a la crisis de la noción y desarrollo posible de la misma en la actualidad, obras a las que nos referiremos concretamente más adelante.

En la bibliografía española, véase Adolfo Posada, que fue quizá su primer receptor, voz *Servicio Público*, en «Enciclopedia Jurídica Española», tomo XXVIII (1910), pp. 616 y ss.; C. GARCÍA OVIEDO, que fue luego el traductor de JÈZE, *La teoría del servicio público*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1923, pp. 5 y ss., 118 y ss. y 238 y ss.; así como su *Prólogo* a la traducción de JÈZE: *Los principios generales del Derecho Administrativo*, pp. 5 y ss., obra a la que se hará referencia más adelante. También desarrollos de la teoría del servicio público en su *Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed. (por E. MARTÍNEZ USEROS), Madrid, 1962, pp. 385 y ss.; S. ALVAREZ GENDIN: *El servicio público*, Madrid, 1944. Más recientemente, J. A. MANZANEDO MATEOS: «Servicio público: aproximación a su línea evolutiva», en *Estudios en homenaje al profesor LÓPEZ*

por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos, y esbozada doctrinalmente por el propio HAURIUO (9), luego su gran objetor, va a ser completada, ampliada y convertida en «la piedra angular del Derecho administrativo» por el decano de Burdeos, LÉON DUGUIT (10) y, sobre todo, después, por su discípulo Gaston JÈZE (11) y la llamada Escuela

Robó, vol. II, Madrid, 1972, pp. 221 y ss.; G. ARIÑO ORTIZ: «Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico», prelección a su *Programa de Derecho Administrativo y guía para su estudio*, Madrid, 1975, pp. 5 y ss.; J. L. VILLAR Ezcúrra: *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid, 1980.

(9) Fue Jean RIVERO quien demostró la inicial defensa de M. HAURIUO del criterio del servicio público, hasta el punto de poder considerarle su «procreador». Vid. J. RIVERO: «Hauriou et l'avènement de la notion de service publique», en *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achilles Mestre*, París, 1958, páginas 461 y ss. Con posterioridad, en el monumental trabajo de Lucien SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, París, 1968, este autor revelará que, tras la inicial defensa del servicio público, en 1892, por parte de HAURIUO y su posterior abandono de esta tesis, aún volvería después, en 1899, a defender de nuevo el servicio público, para pasar luego a una última y definitiva etapa, en la que volvería a poner el acento en los medios, en la teoría de la *puissance publique*. Cfr. pp. 134 y ss.

(10) Cfr. *Les transformations du Droit Public*, A. COLIN, París, 1913 (hay traducción castellana por A. POSADA y R. JAÉN, Madrid, s. f.), y *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, 1.ª ed., París, 1911 (cito por la edición fotostática de la 3.ª ed., París, 1927). También *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castellana de J. G. ACUÑA, Madrid, s. f. (1921).

Sobre L. DUGUIT, entre otros trabajos y por lo que se refiere al Derecho Administrativo, interesa destacar: M. WALINE, «Les idées maîtresses de deux grandes publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou», en *L'année politique française et étrangère*, 1930, pp. 39 y ss.; CH. EISENMANN: *Deux théoriciens du droit, Duguit et Hauriou*, en «Revue Philosophique», 1930, pp. 286 y siguientes; J. RIVERO: *Apologie pour les «faiseurs de systèmes»*, en «Dalloz», 1951, Chronique XXIII, pp. 99 y ss., hoy incluido en el ya citado volumen *Pages de doctrine*, t. I, pp. 3 y ss., por donde cito; A. DE LAUBADÈRE: *Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit*, en «Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse», tomo XVI (1968), pp. 209 y ss., volumen publicado como homenaje a M. HAURIUO. Este trabajo está hoy también incluido en *Pages de doctrine*, cit., I, pp. 11 y ss. Vid. también el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Cuatro maestros de París, una época del Derecho Administrativo*, en «REDA», número 28 (1980), pp. 477 y ss., donde, a propósito del citado libro-homenaje a LAUBADÈRE, MATHIOT, RIVERO y VIDEL, se traza un panorama de lo que ha sido el Derecho Administrativo francés en estas últimas décadas a partir de la herencia de los dos maestros sistematizadores, DUGUIT y HAURIUO. En otros numerosos trabajos se hacen comentarios y semblanzas de la obra de LÉON DUGUIT, cuya referencia nos apartaría con mucho de la línea de este trabajo para el que, además, no han sido tenidos en cuenta. A. DE LAUBADÈRE es también autor de otro trabajo titulado muy expresivamente, *L'influence des idées de Léon Duguit sur la doctrine du Droit administratif*, en «Revue Juridique et Economique du Sud-Ouest», núms. 3-4 (1959).

(11) Cfr. sus *Principes généraux du Droit administratif*, 6 vols., París, 1925-36 (primera edición en un solo tomo de 1904). La traducción castellana de esta obra, por la que cito, se publicó con el título *Los principios generales del Derecho Administrativo*, a partir de la segunda edición francesa de 1914, Madrid, 1928. La traducción, que tiene un interesante prólogo de C. GARCÍA OVIEDO, se debe también a este autor, quien manifiesta en nota que acababa de aparecer

de Burdeos (R. BONNARD (12), L. ROLLAND (13), etc....), hasta su crisis definitiva ya en la segunda mitad de este siglo.

3. LOS ORÍGENES JURISPRUDENCIALES DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

Por encima de otros muchos intentos doctrinales, la teoría del servicio público, como su gran competidora, la teoría de la *puissance publique*, desarrollada fundamentalmente por el decano de Toulouse, Maurice HAURIOU, y continuada hoy por G. VEDEL, marcan sin duda la etapa más brillante del Derecho administrativo, la etapa de su definitiva madurez de la que saldrán muchas y diversas posiciones, hoy generalmente admitidas por encima de las controversias doctrinales lógicas, útiles y necesarias. Es, como acaba de decir el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (14), la etapa creadora, sistematizadora, que se plasma en construcciones doctrinales de carácter general, con pretensiones de teoría general y de asunción de los hallazgos jurisprudenciales que, no debe olvidarse, constituyeron en Francia el gran impulso creador de nuestra ciencia. Una etapa que cubre los últimos años del siglo pasado y termina con la posguerra de 1945. Una etapa extraordinariamente fecunda, pero vinculada a acontecimientos que no pudieron por menos de influir en el Derecho. La III República francesa, la crisis de entreguerras a la que el propio HAURIOU aludirá en alguno de los prefacios a su *Précis* (15), el final de una sociedad pretendidamente liberal, la coexistencia doctrinal en otros países de personalidades tan pujantes como Otto MAYER en Alemania, al que se debe también, en su país, la definitiva construcción sistemática del Derecho administrativo y del que ha bebido casi toda la doctrina posterior, o como un Vittorio Emanuele ORLANDO y Santi ROMANO en Italia. Así, mientras la primera edición del *Précis* de HAURIOU es de 1892, un año antes

en Francia el primer volumen de la tercera edición francesa. De esta tercera edición hay también traducción castellana en siete volúmenes, Buenos Aires, 1948-1950.

(12) Véase *Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics*, en «Revue de Droit Public», 1925, pp. 5 y ss.; *Précis de Droit Administratif*, 4.ª ed., Paris, 1943.

(13) Véase *Précis de Droit Administratif*, 11 ed., Paris, 1957.

(14) Cuatro maestros de París..., cit., pp. 477 y ss.

(15) Cfr. Prefacio a la novena edición, de 1919, en *Obra escogida*, cit., páginas 107 y ss., donde hace un elogio de la centralización francesa. Tras la guerra del 14, «si la civilización se ha salvado, lo ha sido gracias a la centralización», llegará a decir HAURIOU (p. 110).

ORLANDO publicaba sus *Principii di Diritto Amministrativo*, en 1891, y tres más tarde, en 1895, MAYER sacaba a la luz su *Deutsches Verwaltungsrecht*.

Pero volvamos a la teoría del servicio público. Se trata, como digo, de una de las más caracterizadas manifestaciones de las concepciones funcionales de la Administración. Para decirlo con pocas palabras, la función de la Administración consiste en la gestión de los servicios públicos. Como ya hemos indicado, los intentos de construir una noción única en torno a la cual aglutinar el Derecho administrativo tienen su fundamento en la necesidad específica de buscar el juez. Pues bien, como explican AUBY y DUCOS-ADER (16), el servicio público aparece como una necesidad del Consejo de Estado francés de aplicar un régimen uniforme en cuestiones contenciosas, a partir de lo cual la Escuela de Burdeos, representada por su jefe de filas y luego por JÈZE, sistematizará el Derecho administrativo basado en esa noción. En efecto, como ha sido puesto de relieve por numerosos autores (17) es el *arrêt* TERRIER, de 6 de febrero de 1903, el que consagra la tesis del servicio público, ya esbozada con anterioridad por el Tribunal de Conflictos en el célebre *arrêt* BLANCO de 8 de febrero de 1873 (18). Esta última decisión, que inaugura el nuevo criterio del servicio público a propósito del tema de la responsabilidad (19), sienta el principio de que «la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código civil para las relaciones de particular a particular». Como afirmó en esta ocasión el comisario del Gobierno, DAVID, los Tribunales judiciales son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas formuladas contra la Administración en razón de los servicios públicos. Vemos así cómo el criterio procesal que está en la base de estas caracterizaciones influye decisivamente para configurar lo

(16) *Grands services publics et entreprises nationales*, t. I, París, 1969, p. 9.

(17) En la bibliografía española, cfr. MANZANEDO: *Servicio público...*, cit., páginas 223 y ss., entre otros muchos.

(18) Ambos en M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7.^a ed., París, 1978, pp. 5 y ss. (*arrêt* Blanco, del Tribunal de Conflictos que, por cierto, en más de una ocasión se ha atribuido, en la bibliografía española, al Consejo de Estado) y págs. 53 y ss. (*arrêt* Terrier, del Consejo de Estado).

(19) Se trataba de determinar la competencia para conocer de las reclamaciones de daños contra el Estado; reclamación en este caso presentada por el padre de una joven, Inés Blanco, accidentada cuando trabajaba como empleada en una fábrica estatal de tabaco en Burdeos.

que luego sería una técnica autónomamente desarrollada y cómo las formulaciones no juegan en el vacío sino vinculadas a unas consecuencias prácticas decisivas, como vendría a confirmar el citado *arrêt* TERRIER pocos años después. La importancia de esta decisión del Consejo de Estado, como han puesto de relieve LONG, WEIL y BRAIBANT al comentarla (20) y, desde luego, antes otros muchos, estriba en que incorpora definitivamente el contencioso contractual de las colectividades locales a la jurisdicción administrativa (21) y en que marca una etapa decisiva en el desarrollo de la competencia de dicha jurisdicción. La decisión es tan famosa en sí misma como lo fueron las conclusiones del comisario del Gobierno, ROMIEU, influido directamente por HAURIU (22). El comisario ROMIEU diría en aquella ocasión que «todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales..., constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, propia del dominio de la jurisdicción administrativa... Todas las acciones entre las personas públicas y los particulares o entre estas mismas personas públicas, y fundadas en la ejecución, inejecución o mala ejecución de un servicio público son de la competencia administrativa (...) Pertenece a la jurisprudencia determinar... en qué casos se encuentra en presencia de un servicio público funcionando con sus reglas propias y su carácter administrativo, o, al contrario, frente a actos que aun interesando a la comunidad adoptan la forma de la gestión privada y se mantienen exclusivamente en el terreno de las relaciones de particular a particular en las condiciones del Derecho privado» (23). Posteriormente, el Consejo de Estado proseguirá en esta línea, basada en el servicio público, a la que se unirá otra a partir del *arrêt* Vosges de 31 de octubre de 1912 (24), fundada en la cláusula exorbitante, coexis-

(20) *Op. cit.*, p. 54.

(21) Se trataba de la reclamación de unas primas acordadas por el Departamento de Saône-et-Loire por la destrucción de animales dañinos. Al señor Terrier se le denegó dicha prima por haberse agotado el crédito previsto. El Consejo de Estado afirma su competencia y con una lacónica frase da un importante giro en la evolución del Derecho Administrativo. La frase en cuestión era la siguiente: *Du refus du préfet d'amettre la réclamation dont il l'a saisi il est né un litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître.*

(22) *Vid. L. SREZ: Essai...*, cit., p. 41. También J. RIVERO: *Hauriou et l'avènement de la notion de service publique*, cit., p. 488. El *arrêt* fue luego elogiosamente comentado también por el propio Hauriou (*Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du tribunal de conflits*, t. II, París, 1929, pp. 457 y ss.).

(23) *Les grands arrêts...*, cit., pp. 55 y s.

(24) *Les grands arrêts...*, cit., pp. 111 y ss. La sociedad Vosges reclama a causa de la penalización impuesta por el municipio de Lille con motivo del incumplimiento parcial de un contrato de suministro de adoquines. El Consejo

tiendo ambas líneas (25), como por lo demás coexistirán ambos intentos doctrinales basados en las dos perspectivas, hasta que las sucesivas evoluciones jurisprudenciales rompan con el paralelismo inicial entre servicios públicos y régimen público, iniciándose así la definitiva crisis del concepto.

4. LA OBRA DE LÉON DUGUIT Y EL CARÁCTER OMNICOOMPRESIVO DEL SERVICIO PÚBLICO EN SU CONCEPCIÓN DE UN ESTADO EN TRANSFORMACIÓN

Pues bien, es sobre esta realidad jurisprudencial inicial sobre la que va a incidir la aportación fundamental de DUGUIT, dándole otro carácter omnicomprensivo al concepto. Merece la pena que nos detengamos un momento en examinar sus puntos de vista.

Para DUGUIT «todo el problema de la actividad del Estado se resuelve en esta antítesis: mandar o servir» (26). ACUÑA, el prologuista castellano del *Manual de Derecho constitucional* de DUGUIT continuará diciendo muy expresivamente: «Mientras la guerra, la política y la justicia fueron las funciones predominantes del Estado, era natural

de Estado se declara incompetente por tratarse de un contrato en las mismas condiciones que si se tratara de un particular. Es decir, por no existir cláusulas exorbitantes.

(25) Vid. J. A. MANZANEDO: *Servicio público...*, cit., p. 226. Hasta entonces la unificación de la competencia de la jurisdicción administrativa sobre la base del criterio del servicio público en materia de responsabilidad, tras el *arrêt* BLANCO, se había producido con los *arrêts* FEUTRY del Tribunal de Conflictos, de 29 de febrero de 1908; FONSCOLOMBE, de 11 de abril de 1908, también del Tribunal de Conflictos, y JOUILLIE, de 23 de mayo de 1908, igualmente del Tribunal de Conflictos. En el *arrêt* FEUTRY (*Les grands arrêts*, cit., pp. 80 y ss., y comentario de HAURIU, en *Notes d'arrêts...*, cit., t. II, pp. 511 y ss.), el Tribunal de Conflictos atribuye la competencia a la justicia administrativa para conocer de una reclamación de daños por los actos de un loco que, escapado de un manicomio dependiente del Departamento de Clermont, había prendido fuego a unos montones de paja. De igual manera, el Tribunal de Conflictos atribuye la competencia al Consejo de Estado para conocer de la responsabilidad de los municipios (*arrêt* Fonscolombe, comentado por HAURIU en *Notes d'arrêts...*, cit., páginas 450 y ss.) y de los establecimientos públicos (*arrêt* Jouillié). Quedaba así unificada la responsabilidad del Estado, de los Departamentos, los municipios y los establecimientos públicos de la que conocería la jurisdicción administrativa partiendo del criterio del servicio público, como había hecho el *arrêt* Terrier para los contratos de las colectividades locales. La referencia a los *arrêts* Fonscolombe y Jouillié en *Les grands arrêts...*, cit., p. 81, al comentar el *arrêt* Feutry, ya que aquéllos no los recoge esta recopilación. Los datos concretos de los comentarios de HAURIU los cito según la referencia de L. SREZ, *Essai...*, cit., página 141, ya que no he podido manejar directamente las *Notas de jurisprudencia* recopiladas por Sirey, en 1929, en tres tomos.

(26) Vid. José G. ACUÑA: *Prólogo a la traducción castellana del Manual de Derecho Constitucional* de L. DUGUIT, Madrid, s. f. (1921), p. XIV. Este mismo autor es igualmente el traductor de DUGUIT en esta obra y también de *Soberanía y libertad*, Madrid, s. f., ambas editadas por F. Beltrán.

que la soberanía, el derecho de mandar, fuese la idea fundamental del orden político, puesto que todas estas funciones son funciones de mando, *de imperio*. Pero al lado de ellas se ha ido organizando una compleja red de servicios públicos: correos, telégrafos, transportes, abastecimientos, instrucción, etc., en que la función del Estado no es *mandar o servir* (27). En todos estos servicios modernos, que cada día adquieren mayor extensión: instrucción, asistencia, obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos, teléfonos, ferrocarriles, etc., hay una intervención del Estado que debe ser, que lo es ya, regulada por un sistema de Derecho público. Este sistema se funda en la noción de servicio público. El Estado ha venido a socializar un número considerable de servicios, antes totalmente abandonados a la iniciativa privada» (28).

He aquí esbozado el punto de partida. Sigámoslo al hilo de una de las obras fundamentales del profesor bordelés, *Les transformations du Droit public* (29). ¿Por qué desaparece el sistema de Derecho público basado en la noción del poder público?, se preguntará. Y la respuesta viene dada por el método adoptado: la teoría realista y el objetivismo jurídico. El elemento fundamental del Estado es la fuerza que se impone por la compulsión material. No hay Estado sino cuando un hombre o un grupo de hombres disponen de una fuerza material preponderante. Por eso, el poder de los gobernantes no se legitima por su origen, sino por el fin que persiguen. Frente a la acusación dirigida contra él por su amigo y colega Maurice Hauriou en el sentido de que tal proposición supone la anarquía, el decano de Burdeos contestará: «He respondido que la anarquía consiste en negar la legitimidad de todo acto de compulsión política y que no era ser anarquista decir que el poder gubernamental no puede legitimarse por su origen sino solamente por el fin que persigue, que el poder se impone legítimamente cuando y solamente cuando se ejerce conforme al derecho social» (30). Más adelante nuestro autor dirá que mantiene su doctrina y acepta el epíteto si ello puede contribuir a apartar de la ciencia jurídica los conceptos metafísicos y si con ello puede llegar a

(27) Sic. Aunque, seguramente, debe ser «sino servir». El subrayado en el original.

(28) J. G. ACUÑA: *Prólogo* citado, p. XIV.

(29) Bibliothèque du mouvement social contemporain, Librairie Armand Colin, París, 1913. Hay traducción castellana (*Las transformaciones del Derecho Público*, ed. F. BELTRÁN, Madrid, s. f.) a cargo de Adolfo Posada y R. JAÉN. Cito por la versión original.

(30) L. DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo I, 3.ª ed., París, 1927, páginas 653 y s. Cito por la edición fotostática de esta tercera edición.

limitar jurídicamente el poder del Estado y a fundamentar una regla de Derecho que determine el sentido y la extensión de los actos de los gobernantes (31).

La crítica de DUGUIT se dirige contra lo que él denomina doctrina metafísica del Estado que quiebra cuando se tratan de explicar los límites de la soberanía. Enfrentando este concepto al individuo concreto, dirá: «Si se dice que el individuo es autónomo y que su autonomía viene a limitar la acción del Estado, se suprime la soberanía del Estado. Si se mantiene, por el contrario, intacta la soberanía del Estado, se hace desaparecer la autonomía del individuo. Decir con Jean-Jacques ROUSSEAU, con KANT, con HEGEL, que la autonomía del individuo es tanto más grande en cuanto vive en un Estado más poderoso, es un horrible sofisma. Decir con IHERING, JELLINEK y CARRÉ DE MALBERG, que el Estado está limitado por el Derecho, puesto que se impone a sí mismo esta limitación es, a pesar de los cultos términos de que se sirven, una simple burla, porque una obligación que uno se crea a sí mismo y a la que uno puede sustraerse cuando y como quiera no es, en absoluto, una obligación» (32). Y reaccionando contra la crítica de HAURIOU (que también aceptará el planteamiento de la autolimitación del Estado en el *Prólogo* a la undécima edición de su *Précis*, donde se contiene una dura crítica contra las posiciones de los teóricos del servicio público y muy concretamente contra JÈZE), reaccionando contra HAURIOU, digo, que afirma que el poder del Estado es un hecho que una doctrina que se pretenda realista debe aceptar, DUGUIT contestará: «No, lo que es un hecho es, por una parte, la creencia de que ese poder político existe, y, de otra parte, la posibilidad material en un grupo dado para ciertos individuos, llamados gobernantes, de imponer su voluntad por el empleo de la fuerza. Estos hechos estoy lejos de desconocerlos; siempre los he afirmado, todos mis estudios precedentes se han inspirado en ellos y es el reconocimiento de estos hechos lo que inspira toda esta obra. Por otra parte, estimo que la creencia en el poder de los gobernantes, bien en un poder fundado en una delegación divina, bien en un poder que tiene su origen en la voluntad popular, ha sido un factor de diferenciación política de primer orden y ha constituido uno de los principales elementos de poder en beneficio de los gobernantes. (...) El hecho social es la creencia... El objeto de la creencia puede ser y es a menudo erróneo; corresponde a los puristas y

(31) *Traité...*, tomo I, cit., p. 654.

(32) *Traité...*, cit., pp. 651 y s.

a los sociólogos demostrarlo. (...) El hecho es el de una mayor fuerza, es siempre eso; esta mayor fuerza se impone por actos materiales de compulsión o por el temor que inspira, sin ejecución de acto material» (33). Es después de estas afirmaciones cuando DUGUIT afirma que el poder se impone por su finalidad y que de lo que se trata es de fundamentar una norma jurídica que determine el sentido y la extensión de dicho poder.

Si he expuesto aquí esta larga disgresión de las ideas de DUGUIT es porque creo que con ello se entenderán mucho mejor los puntos de partida de lo que luego, en un plano más concreto, será la teoría del servicio público como intento de comprender la Administración pública y el Derecho administrativo sobre la base de un criterio único.

Así, pues, para DUGUIT, personalidad jurídica y soberanía son dos concepciones míticas que los hechos vienen a negar. De ahí también que la crítica del liberalismo y del principio de legalidad sean muy duras en él. El principio de la soberanía nacional es calificado como un dogma religioso y en la página 16 de *Les transformations du Droit public* se hace eco de unas palabras pronunciadas en 1831, en el Parlamento, por ROYER-COLLARD (34): «La mayoría de los individuos, la mayoría de las voluntades, sea cual sea —se preguntará este filósofo y político— ¿es el soberano? Si esto es así hay que decir bien alto: la soberanía del pueblo no es más que la soberanía de la fuerza y la forma más absoluta del poder absoluto. Las sociedades no son conjuntos numéricos de individuos y voluntades; tienen otro elemento distinto del número; tienen un lazo más fuerte, el derecho privilegiado de la humanidad y los intereses legítimos que nacen del Derecho... La voluntad de todos no es más que la fuerza más o menos poderosa; no se debe a ninguna de estas voluntades, por este único título de voluntad, ni obediencia, ni el menor respeto.» «Estas fuertes palabras —apostillará DUGUIT— no tuvieron ningún eco ni en el Parlamento, ni en el país. La revolución de 1848 se hacía en nombre de la soberanía nacional» (35).

(33) *Traité...*, cit., pp. 652 y s.

(34) Según FERRATER MORA, Pierre-Paul Royer-Collard (1763-1843) «se distinguió por su actividad política en varias posiciones: representante en el Consejo de la Comuna de París, miembro del grupo moderado de la Convención, diputado en el Consejo de los Quinientos. Sin abandonar los ideales de libertad de la Revolución, su tendencia al orden y a la legitimidad lo convirtió en consejero del Partido Monárquico; diputado en la Cámara desde 1815 a 1839 con escasas interrupciones, fue uno de los adalides del partido de los doctrinarios, junto con François Guizot» (Diccionario de filosofía, tomo 4, Madrid, 1979, p. 2396).

(35) *Les transformations...*, cit., p. 17.

A) *Excurso sobre las relaciones ley-reglamento en la obra de Duguit: una reflexión de actualidad*

No es de extrañar, por tanto, que DUGUIT haya sido acusado, en alguna ocasión, de fascista o prefascista (36) y que su análisis, desde planteamientos jurídicos, pero también sociológicos, lo llevara al tema de las relaciones ley-reglamento abundando en una problemática que, con diferentes perfiles y matices, tiene hoy también, como tal problemática, plena actualidad.

El principio de la soberanía nacional no protege, pues, contra el despotismo —dirá—. La única limitación a éste y la única garantía de la libertad se cifraba en la ley, en la necesidad de una ley para limitar la libertad individual. «Los constituyentes de 1791 creían en la infalibilidad de la ley porque veían en ella la voluntad misma de la nación. En esto, la experiencia lo ha demostrado, se equivocaban completamente. Si la ley es votada directamente por el pueblo, es la obra de una multitud con sus pasiones y sus impulsos y nada asegura su equidad. ROUSSEAU ha dicho, ciertamente: "Como el soberano está formado únicamente por los particulares que lo componen, no tiene ni puede tener interés contrario al de éstos; por consiguiente, el poder soberano no tiene ninguna necesidad de garantía ante los súbditos, porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros." ¿Quién no ve hoy que no hay aquí más que un horrendo sofisma? Si la ley es votada por un Parlamento elegido —sigue diciendo DUGUIT— no ofrece tampoco mayor garantía. Poco importa que el Parlamento afirme que representa la voluntad nacional; la ley de hecho es la obra individual de algunos diputados. En 1848 cuando se instituyó el sufragio universal se creyó de buena fe, pero inocentemente, que todo estaba salvado. El plebiscito de 1851 ratificó el golpe de Estado» (37).

(36) Su doctrina no tuvo mucho eco en la Alemania hitleriana, pero influyó en la Italia fascista. También se ha acusado a DUGUIT de marxista y se ha constatado la influencia de su obra en los primeros años de la Revolución rusa, tratándola de adaptar al marxismo. Es curioso que Fidel Castro, en el proceso a que se le sometió en 1953 tras el asalto al cuartel Moncada, iniciara su defensa citando a DUGUIT, como consta en su manifiesto «La historia me absolverá». La ambivalencia de Duguit ha sido destacada por numerosos autores, fruto de la cual son exponentes significativos las dos influencias citadas. Para todos estos datos, por todos, E. PISIER-KOUCHNER: *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, París, 1972. La referencia a la defensa de Fidel Castro es, precisamente, el inicio del libro. La incidencia en el fascismo italiano en página 6.

(37) *Les transformations...*, cit., p. 28.

Más adelante insistirá en esta misma idea referida a la ley: «la ley es simplemente —dirá— la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen, jefes de Estado, miembros del Parlamento. Fuera de esto, todo lo que se pueda decir es pura ficción.» (38).

DUGUIT se aferra a un criterio material de ley, como después destacaría, criticándolo vivamente, G. VEDEL, y al abordar las relaciones ley-reglamento señalará que si durante mucho tiempo se consideraba un principio absoluto que la ley no podía emanar sino del Parlamento, aplicando así el célebre principio de la separación de poderes, poco a poco se va admitiendo la potestad reglamentaria del Gobierno a partir, sobre todo, de la Constitución del año VIII. Pero, desde ese momento, el poder reglamentario se extiende de tal modo que aparecen reglamentos que es imposible referir a la ejecución de las leyes, dirá DUGUIT, quien añade: «Así, se ha formado al lado de la legislación propiamente dicha toda una legislación que se puede llamar reglamentaria y que para los particulares, los administradores y los jueces tiene la misma fuerza obligatoria que las leyes formales» (39). Aparecen los reglamentos autónomos y si es verdad que hay ciertas materias llamadas legislativas sobre las que sólo puede legislar el Parlamento, «se trata sólo de una cuestión de competencia». La cuestión capital es que ley y reglamento se aproximan, que «la evolución se ha producido, que hay disposiciones que tienen realmente el carácter de ley y no emanan del órgano considerado representante de la soberanía nacional y que, por consiguiente, la noción de ley no queda unida a la noción de soberanía» (40).

La crítica de la posición de DUGUIT sobre este punto en la doctrina francesa ha sido constante y dura (41). Lo que importa, argumentará G. VEDEL, es el punto de vista formal. La ley, expresión de la voluntad general, es una manifestación del «poder inicial» y su ámbito es, por esencia, indefinido, ya que la Constitución no priva a la ley de la regulación de ninguna materia, salvo las que regula directamente ella

(38) Op. cit., p. 75.

(39) Op. cit., p. 88.

(40) Op. cit., p. 90.

(41) Véanse, a título de ejemplo, J. C. DOUENCE: *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Paris, 1968, pp. 45 y ss., y, sobre todo, G. VEDEL: *Les «bases constitutionnelles» du Droit Administratif*, en «Etudes et Documents: Conseil d'Etat», núm. 8 (1954), pp. 21 y ss., hoy incluido en el volumen *Pages de doctrine*, cit., tomo II, pp. 129 y ss., en especial pp. 138 y ss., alineado, en este punto, con los planteamientos iniciales de CARRÉ DE MALBERG, radicalmente opuesto a los de DUGUIT, aunque luego VEDEL difiera de éste, como también HAURIOU, en el concepto de «ejecución» de la ley (cfr. J. C. DOUENCE: *Recherches...*, pp. 175 y s.).

misma. El reglamento es, por el contrario, fruto de una competencia secundaria y derivada (42). Esta aseveración habría que matizarla, sin duda, tras la Constitución francesa de 1958, que reserva un ámbito competencial propio al reglamento (43). Entre nosotros se intentó reproducir el esquema de la V República francesa al elaborarse el anteproyecto de Constitución, que preveía un ámbito propio para el Reglamento. El buen sentido se impuso, finalmente, lo que hace que nuestra Constitución engarce así mejor, como se ha puesto de relieve, con toda la tradición constitucional propia y ajena en relación con la posición secundaria del Reglamento.

Si este último planteamiento es el que tiene validez entre nosotros (44) he traído aquí las referencias de DUGUIT como una reflexión y una llamada de atención. Reflexión porque, desde el punto de vista político, se plantea el tema de la legitimación de la potestad reglamentaria, si no desde el punto de vista estrictamente democrático sí, al menos, desde el de la integración social donde encaja la cuestión, tan de actualidad en el seno de la doctrina, de la participación, y ello desde el momento en que el Gobierno dicta reglamentos en ejecución de unas leyes que indirectamente él también elabora, dada la exacta correlación de fuerzas políticas parlamentarias de las que emana el propio Gobierno. Llamada de atención porque, si está relativamente claro que el reglamento es una norma complementaria, sin ámbito independiente propio, al menos en lo que afecta a las relaciones con los particulares y aún más si se refiere a los derechos y

(42) Cfr. G. VEDEL: *Les «bases constitutionnelles»*.... cit., pp. 139 y ss. y 158 y s. Cito por la versión incluida en *Pages de doctrine*.

(43) No obstante, la doctrina francesa, tras la experiencia de veinte años de aplicación de la Constitución de 1958, se muestra cauta al juzgar los resultados efectivos de «la revolución» que aquella operaba en el tema de las fuentes. Quizá estas palabras de Jean RIVERO sean significativas: «La revolución era posible; la revolución no ha tenido lugar». Véase, en general, el volumen *Le domaine de la loi et du règlement*, 2.^a ed., París, 1981. Se trata de la publicación de los trabajos de un coloquio organizado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de Aix-Marsella para conmemorar los veinte años de la aplicación de la Constitución de 1958, coloquio que fue dirigido por el profesor L. FAVOREU, que prologa el volumen. La cita de RIVERO corresponde a su intervención final de síntesis, en concreto a la página 263. Poco antes (p. 262), el profesor parisiense confiesa que algo le impedía unirse al coro mayoritario y bien pertrechado, fiel al mito russoniano de la ley infalible y necesariamente benefactora, porque constituye la expresión de la voluntad general, puesto que le parecía «un peu dépassé». Ello no quiere decir que los planteamientos tradicionales hayan sido abandonados, pero viene a poner un cierto toque amargo en la actitud autocomplaciente generalizada.

(44) Cfr., por todos, J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER: *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, en el número 87 de esta REVISTA (1978), páginas 161 y ss.

libertades del capítulo 2.º del título primero de la Constitución (artículo 53.1), nos encontramos, a veces, con normas reglamentarias de difícil encaje que, en una primera aproximación, suscitan la duda y el análisis crítico por falta de cobertura legal o por pretenderse vinculadas, en este concreto ámbito de los derechos fundamentales, a la propia Constitución. Me refiero, por ejemplo, al Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, sobre liberalización industrial que comienza diciendo en su exposición de motivos: «*El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y establece que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio de acuerdo con la exigencia de la economía general y, en su caso, de la planificación. La liberalización industrial, iniciada por el Decreto de 22 de julio de 1967 y continuada por el de 25 de febrero de 1977, necesita, tras la publicación de la Constitución, un ámbito más amplio... (...) En su virtud...*» Es decir, parece haber un desarrollo de la Constitución que afecta muy directamente a los particulares y de forma restrictiva en el caso de las industrias no liberalizadas (artículo 1.º del Real Decreto), que plantea el problema de su enfrentamiento directo con el artículo 53.1 de la Constitución, por un lado, y, por otro, aunque esto no fuera así, abre un interrogante en la línea de lo que venimos apuntando a propósito de la potestad reglamentaria. Porque, en efecto, la pregunta es: ¿significa una respuesta adecuada, desde todos los puntos de vista, la vía reglamentaria? (45).

El análisis, sugerente, de todas estas cuestiones a las que lleva indirectamente el planteamiento de DUGUIT no nos es posible continuarlo en este momento. Basten, pues, estas insinuaciones como esbozo de una problemática que excede del concreto tema que estamos contemplando.

* * *

Pero volvamos a DUGUIT, y al desarrollo de la concepción del servicio público en su idea del Estado. Para él, decimos, personalidad jurídica y soberanía son dos concepciones míticas que deben ser re-

(45) El dato y la reflexión la adelantaron los profesores J. BERMEJO VERA y G. FERNÁNDEZ FARRERES en el seno de un seminario interno del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Zaragoza. Cfr. después su trabajo conjunto *El «nuevo» régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias (comentario sucinto al Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre)*, en «Cuadernos Aragoneses de Economía», Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad de Zaragoza, núm. 5, 1980-81, pp. 231-253.

emplazadas. Ahora bien, reemplazadas, ¿por qué?, ¿cuáles son las alternativas?

Partiendo del concepto de gobernantes mejor que del de Estado, Duguit dirá que un sistema de Derecho público sólo tiene realidad en la medida en que sancione unas reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades sentidas por los hombres de una sociedad dada en un momento determinado. Por eso, ese sistema no puede ser la obra de un legislador o de un jurista sino el producto de esas necesidades para que tenga fuerza y valor. Ahora bien, un sistema de Derecho público no puede reunir esas condiciones de fuerza y vitalidad más que si sanciona las dos reglas siguientes: primera, los que detentan el poder no pueden hacer ciertas cosas; y, segunda, deben, además, hacer ciertas cosas (46). Y aquí es, precisamente, donde aparece, por fin, la noción de servicio público que reemplaza al concepto de soberanía, «desde el momento en que se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponen a los gobernantes hacia los gobernados y que el cumplimiento de estos deberes es a la vez la consecuencia y la justificación de su superior fuerza. *Eso es esencialmente la noción de servicio público. Lo que es nuevo es el lugar eminente que esta noción ocupa hoy en el mundo del Derecho*» (47). Esta es la profunda transformación que se ha producido en el mundo del Derecho moderno, continuará. Y, además, no se trata, como las fórmulas basadas en la soberanía, de un dato apriorístico, sino de la expresión de los propios hechos. Es, en suma, un criterio realista.

En torno a esta misma idea insistirá más adelante destacando, por ejemplo, que si el poder de dominación existe siempre no es un derecho subjetivo del que el Estado sea titular, sino que «es ante todo una función social» (48) y esta función social es, en el fondo, el servicio público; una obligación jurídica que se impone a los gobernantes, a los detentadores del poder en cada momento, para asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad. De esta manera los propios gobernantes se justifican y justifican su poder que, si procede de causas muy diversas no puede, sin embargo, mantenerse permanentemente más que si los gobernados creen en los beneficios que les proporcionan los gobernantes. Si esta creencia es real o, por el

(46) Véase *Les transformations...*, cit., p. 26.

(47) *Les transformations...*, cit., pp. 33 y s.

(48) Cfr. *Les transformations...*, cit., p. 39.

contrario, fruto de la ignorancia o la superstición, ese es un tema capital de la fuerza política y del Derecho público (49).

Hay, pues, siguiendo el punto de vista de DUGUIT, una clara correspondencia entre posesión del poder y obligación de cumplir ciertas actividades, ciertos servicios públicos. ¿Cuáles son esos servicios públicos? Se trata de algo variable, responderá. Si la defensa, la seguridad y la justicia bastaron un día, hoy ya no son suficientes esos servicios. La conciencia moderna quiere otra cosa en el ámbito material, al hilo de las transformaciones económicas. «El Derecho evoluciona ante todo bajo el influjo de las necesidades económicas. Hemos visto primero cómo la noción de soberanía ha sido sacudida cuando se ha comprendido que el Estado debía proporcionar a los gobernados algo más que la seguridad interior y exterior. Ahora nos damos cuenta que el objeto de los obligaciones del Estado y el sentido de su acción se hallan determinadas por la situación económica del país y las necesidades de sus habitantes. En suma, la noción de servicio público parece que puede formularse así: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante» (50). La noción es, por lo demás, una institución de carácter objetivo en la medida en que se impone con el mismo rigor a los gobernantes y a los gobernados. El Estado interviene utilizando su fuerza para asegurar su cumplimiento, de lo que se derivará la responsabilidad del Estado en caso de que su incumplimiento cause un daño, y una acción para anular los actos contrarios a la ley del servicio, acción objetiva en la medida que ello no presupone, en la tesis de DUGUIT, un lazo jurídico entre el Estado-persona y el particular (51).

En el fondo de todo este planteamiento late una idea previa que es el concepto de solidaridad social, en virtud del cual los gobernantes no pueden hacer nada que atente contra él ni poner trabas al

(49) *Op. cit.*, pp. 45 y ss.

(50) *Op. cit.*, p. 50. Y si el derecho evoluciona es porque se trata de una creación de la conciencia humana, imponiendo obligaciones de este tipo a los gobernantes porque existe en el espíritu del hombre de hoy día una repugnancia invencible a que las cosas sean de otra manera. Lo que hace al Derecho es la creencia en lo imperativo de tal o cual regla en una época determinada. En que se deben cumplir ciertas obligaciones» (*op. cit.*, pp. 45 y s.).

(51) *Op. cit.*, p. 62.

desenvolvimiento de las actividades individuales, pero al mismo tiempo tienen, en virtud del mismo principio, el deber objetivo y positivo de organizar y controlar los servicios públicos.

La idea late en varios pasajes de sus obras. En concreto, en el *Manual de Derecho constitucional*, insistiendo en los planteamientos que hemos visto, dirá: «El Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes» (52). Y a continuación expone su concepto de solidaridad social que, a pesar de su longitud, prefiero reflejar textualmente. Dice así DUGUIT: «Siendo los gobernantes individuos como los otros, se hallan sujetos, como los otros, por los lazos de la interdependencia social, fundamento de lo que hemos llamado en otra parte la disciplina social. Esta disciplina obliga, desde luego, a los gobernantes a no hacer nada que atente a la solidaridad social bajo sus dos formas características. No pueden actuar en contra de la solidaridad por similitudes, esto es: no pueden en manera alguna hacer nada que para una clase, una minoría o hasta un sólo individuo constituya una traba o entorpecimiento para la satisfacción de las necesidades comunes a todos los hombres. Los gobernantes no pueden hacer nada que se oponga a la solidaridad por división del trabajo. Este modo de solidaridad tiene por factor esencial el libre desenvolvimiento de la actividad individual. Los gobernantes no pueden, por tanto, ejecutar cosa alguna, sea la que fuere, que pueda dificultar ni lo más mínimo el libre y pleno desenvolvimiento de las actividades individuales. Por lo mismo que los particulares, los gobernantes tienen, a su vez, deberes objetivos positivos, que reposan sobre el mismo principio» (53), tienen, pues, funciones objetivas y materiales que cumplir.

El Derecho administrativo, finalmente, abarca esa función administrativa, y comprende el conjunto de reglas que se aplican a los actos administrativos y al funcionamiento de los servicios públicos. «Esta parte del Derecho público —dirá DUGUIT— adquiere en nuestros días importancia considerable; pues es a través de actos administrativos como el Estado realiza su intervención, tan frecuente y tan activa, en todos los campos de la vida social, industria, comercio, enseñanza,

(52) *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 71.

(53) *Manual...*, cit., p. 72. Sobre el concepto de solidaridad social y, en general, sobre el propio DUGUIT, su evolución y su obra, E. PISIER-KOUCHNER: *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, cit.

relaciones del capital y del trabajo; es por medio de actos administrativos como el Estado se procura y gestiona los enormes capitales que necesita para cumplir su misión; es a través de los mismos actos como el Estado cumple sus deberes de asistencia y protección a los débiles, a los desgraciados, a los enfermos, deberes que se le reconocen hoy unánimemente» (54). Ignoro si este párrafo se contenía también en la primera edición del Tratado que se publica en 1911, ya que manejo la tercera de 1927. En todo caso, si se contempla el avance producido en los años que han transcurrido hasta nuestros días en lo referente a la intervención administrativa, el texto de DUGUIT resulta profético. Y si, a la altura de 1983, se contemplan las tareas impuestas a la Administración por el propio texto constitucional, si se pone el acento en el aspecto social de nuestro Estado de Derecho, si se repasan los derechos y principios rectores de la política social y económica de nuestra Constitución, el texto del decano bordelés adquiere plena actualidad todavía. O la vuelve a adquirir. Otra cosa es que las técnicas se hayan diversificado y que hoy el concepto de servicio público sirva para definir el Derecho administrativo. Pero las técnicas jurídicas están al servicio de una idea y en el caso del Derecho administrativo de una idea del Estado. Me pregunto si en el Estado social y democrático de Derecho del artículo 1.º de nuestro texto fundamental no late una idea parecida que tiene, por lo demás, que irradiarse en los concretos aspectos de la vida social e incardinarse en técnicas jurídicas particularizadas.

5. GASTON JÈZE Y LA TECNIFICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO COMO CRITERIO CENTRAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Esta noción del servicio público, todavía vaga e imprecisa, será retomada por Gaston JÈZE, quien en su libro *Los principios generales del Derecho Administrativo* (55) la aplica directamente al Derecho administrativo. Parte JÈZE de una idea positivista del Derecho que deja apuntada en el *Prólogo* a la segunda edición francesa, de 1914: «El Derecho de un país —dirá— es el conjunto de reglas —juzguénse buenas o malas, útiles o nocivas— que en un momento y país dados son efec-

(54) Véase *Traité de Droit Constitutionnel*, cit., tomo I, p. 707.

(55) Utilizo la versión castellana de 1928, realizada a partir de la segunda edición francesa, con traducción de Carlos GARCÍA OVIEDO.

tivamente aplicadas por los *prácticos* y por los *Tribunales*» (56). Toda exposición que se aparte de esta idea es criticable porque no expone reglas con valor y fuerza social. De ahí que el teórico no pueda oponerse al práctico, aunque sea más libre que él, y se diferencie, fundamentalmente, por su trabajo sistematizador, explicativo, crítico y atento a los cambios que se producen en la mentalidad de los hombres, en las organizaciones sociales, económicas y políticas para acomodar las teorías y las doctrinas a esos cambios. Pues bien, partiendo de esta idea que, con algún matiz (quiero decir, despojada de la veta positivista), me parece especialmente digna de ser tenida en cuenta también en nuestros días, en la medida en que signifique un freno y una llamada de atención frente a la pretensión de un dogmatismo puro y desligado de la realidad; partiendo de esta idea, digo, JEZE observa que una serie de dogmas en los que se basaba el Derecho administrativo francés de finales de siglo, como la distinción de los actos administrativos en actos de autoridad y actos de gestión y el principio de irresponsabilidad del Estado como soberano, han sido arramblados y sustituidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado por la noción del servicio público, «piedra angular del Derecho administrativo francés» (57).

Las primeras palabras de la introducción de su libro son, precisamente, para definir el Derecho administrativo como «el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos —dirá— y para el funcionamiento regular de estos servicios existen *necesariamente* reglas jurídicas especiales» (58). Por tanto, en todo país en el que se ha llegado a la noción del servicio público hay un derecho administrativo.

La Administración, pues, satisface una serie de necesidades de interés general, aunque no todas. Existen necesidades satisfechas exclusivamente por la Administración, con exclusión de los particulares, y otras que son satisfechas, a la vez, por la Administración y los particulares conjuntamente. Pues bien, las necesidades de interés general que son satisfechas en un momento determinado por la Ad-

(56) *Los principios...*, cit., p. 19. El punto de partida positivista de JEZE no es, sin embargo, el de DUGUIT, a quien sigue en la teoría del servicio público. En el tema del positivismo, aunque por razones distintas, DUGUIT y HAURIOU se alineaban del mismo lado frente a JEZE o frente a CARRÉ DE MALBERG.

(57) *Los principios...*, cit., p. 24. A la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, partiendo de la noción del servicio público, ya nos hemos referido más atrás.

(58) *Los principios...*, cit., p. 29.

ministración o por ésta y la acción de los particulares conjuntamente pueden satisfacerse, pueden realizarse a través de dos procedimientos: el procedimiento del Derecho privado y el procedimiento del servicio público (59). ¿Cuál es este procedimiento? La respuesta textual de JÈZE es la siguiente: «Decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos» (60). La idea de servicio público servirá, pues, para aglutinar en torno a ella todo el Derecho administrativo, en la medida en que si hay servicio público, los agentes, los bienes, las obras, los actos, el procedimiento serán especiales, distintos del régimen jurídico privado y, por lo mismo, objeto de la competencia jurisdiccional de la justicia administrativa. El problema consiste, entonces, en averiguar cómo se reconoce la existencia de un servicio público y JÈZE es, en este sentido, categórico: lo que hay que tener en cuenta únicamente es la intención de los gobernantes (61). Solamente serán servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes de un país han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público y esa voluntad se aprecia «no por una característica particular esencial, sino por un conjunto de signos» (62), que son múltiples y variables.

Esta tesis tendría una inusitada audiencia en casi todos los países del área cultural europea. Con todo, dos nociones de servicio público irían apareciendo: una noción amplia, que apunta al conjunto de fines sociales que la Administración debe proponer, y una noción estricta, que haría referencia a la asunción por el Estado, de forma directa o controlada, de la consecución de ciertas necesidades sociales bajo la veste de un régimen exorbitante del Derecho común (WALINE, ALESSI...) (63), es decir, una técnica, una forma de acción caracterizada, según la sistematización efectuada, entre otros, por VILLAR PALASÍ, por

(59) Cfr. *Los principios...*, cit., pp. 283 y s.

(60) *Op. cit.*, p. 284.

(61) «Son única y exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público. Sólo importa considerar la intención de los gobernantes. La opinión de los tratadistas carece de interés» (*Los principios...*, cit., p. 290).

(62) *Op. cit.*, p. 292.

(63) Cfr. F. GARRIDO FALLA: «La crisis de la noción de servicio público», en su libro *Las transformaciones del régimen administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1962, páginas 142 y ss.

las siguientes notas: una actividad monopolística y excluyente, un procedimiento de Derecho público con ejercicio de poderes exorbitantes, una prestación regular y continua y un derecho abstracto del usuario a la prestación (64), noción estricta que fue la que directamente entró en crisis después como explicación conceptual del Derecho administrativo, en la medida en que estas notas no se adecuaban a la nueva actividad empresarial, mercantil e industrial del Estado.

El concepto de servicio público como criterio explicativo central del Estado fue atacado por aquéllos contra los que DUGUIT pretendía reaccionar y, singularmente, por HAURIOU y luego, ya en la actualidad, por VEDEL en términos a los que ahora no nos podemos referir para no ampliar demasiado los imprecisos límites de este trabajo (65).

El criterio del servicio público no obstante la singularidad y lo atractivo del planteamiento de DUGUIT permaneció lo suficientemente vago como para abarcar en él diversas técnicas y opiniones no coincidentes sobre el mismo. Fue, como ha apuntado entre nosotros el profesor VILLAR PALASÍ, «al modo de un imán que reagrupa materias difusas alrededor de ciertas líneas de fuerza» (66).

6. LOS PLANTEAMIENTOS IDEOLÓGICOS QUE SUBYACEN EN LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXPANSIÓN DEL PODER DEL ESTADO

El intento político que la teoría del servicio público representaba como justificante de la expansión del poder del Estado no ha dejado de ponerse de relieve. Y en ese sentido basta destacar cómo E. FORSTHOFF, al diseñar su teoría de la procura existencial, de la asisten-

(64) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en el número 3 de esta REVISTA, (1950), pp. 64 y ss. Cfr. también estas notas apuntadas por VILLAR en F. GARRIDO: «La crisis de la noción de servicio público», en *Las transformaciones...*, cit., pp. 146 y ss., para criticarlas en los términos que más adelante veremos. La tesis de VILLAR PALASÍ es que estas notas no se adecuan a la actividad industrial, por lo que es preciso utilizar un nuevo término que responda a esa nueva forma de acción de la Administración: el de gestión económica. La crítica de GARRIDO FALLA, en síntesis, consiste en negar el carácter necesario de algunas de las notas apuntadas en el texto como predicables del servicio público, por un lado, y, por otro, en señalar que algunas de ellas se dan también en la llamada gestión económica.

(65) Recuérdese, no obstante, lo dicho en nota 7. Al tema enunciado en el texto se dedica el epígrafe 5 del mismo capítulo segundo del libro al que me refiero en la citada nota.

(66) Vid. J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, p. 198.

cia vital, alude como antecedente inmediato al concepto del servicio público citando la definición de R. BONNARD, que fue también un discípulo continuador de la obra del decano de Burdeos. La ciencia alemana del Derecho público se encuentra más desasistida que la francesa —dirá FORSTHOFF— «la cual posee en los *servicios públicos* una institución sólida y a la par lo suficientemente elástica para asignar en ella un puesto sistemático a las relaciones de prestación» (67).

Cuando en nuestros días algún autor propugna abiertamente la vuelta a DUGUIT y la vuelta a FORSTHOFF (68) no hace sino exponer la necesidad de un salto adelante en la nueva encrucijada en la que hoy nos movemos. No es que se trate, pienso, de regresar a las *técnicas* —recalco esta palabra— del servicio público en sentido estricto (69), sino a la idea larvada que en ellas se albergaba, que no era otra que la idea de solidaridad social plasmada en el Estado que debe asumir las necesidades e intereses colectivos; necesidades e intereses que hoy reaparecen con fuerza en una sociedad masificada en la que no se reclaman de la Administración y del Derecho solamente, con ser importantes y fundamentales, técnicas singulares de garantía. En efecto, el Derecho administrativo ha puesto el acento tradicionalmente en las garantías individuales. El control judicial y la responsabilidad patrimonial han sido sus dos pilares básicos, que se pensaban suficientes para controlar a una Administración que obraba a través de actos administrativos residenciables ante los Tribunales y se basaba en el esquema liberal de un reducido intervencionismo público. Pero hoy esa Administración ha cambiado. El Estado, a través suyo, promueve, remueve y facilita, como dice el artículo 9.º2 de la Constitución, interviene en el mundo económico, es empresario, presta servicios necesarios y cada vez más complejos, se inhibe u omite actuaciones a las que está obligado, y, frente a ello, las respuestas clásicas del procedimiento, los recursos administrativos y la jurisdicción contenciosa como garantías se muestran insuficientes. En la mayor parte de las ocasiones el Derecho está inerte frente a la inactividad de la

(67) E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 475. Cfr., igualmente, sobre este autor y la idea que late en su concepto de *Daseinsvorsorge*, por todos, L. MARTÍN-RETORTILLO: *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge»*, en el número 38 de esta REVISTA (1962), pp. 35 y ss. y *passim*.

(68) Cfr. A. NIETO: *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, en el número 76 de esta REVISTA (1975), pp. 21 y ss., en especial p. 23.

(69) Recordemos que éstas implicaban una actividad administrativa monopolizada bajo la veste de un régimen jurídico-público para la satisfacción de ciertas necesidades sociales de un modo regular y continuo.

Administración o en el ámbito de su actuación económica, donde proliferan técnicas impensables hace no muchos años. A ello se añaden las disfunciones de una justicia administrativa lenta y montada sobre la base del recurso al acto que se muestra incapaz de ser una adecuada técnica cautelar. A los ciudadanos les interesa, por eso, el potenciamiento de unas Administraciones públicas que presten eficazmente servicios de calidad, que sirvan a los administrados toda la variadísima gama de prestaciones que hoy están en manos de la Administración y de las que todos dependemos en muy buena medida. Desde la agilidad en la resolución de expedientes hasta la adopción de medidas tendentes a resolver problemas acuciantes de la vida diaria que tiene encomendados. La educación, los transportes, las vías de comunicación, el correo, la justicia, la sanidad, la ordenación del territorio, los equipamientos sociales. Una reflexión desde la perspectiva del Derecho, desde el punto de vista de los administrados, desde la experiencia diaria acerca de todas estas cuestiones, arroja más bien sombras y genera impotencias. Aquí es donde incide *la idea* de fondo del servicio público —que no la técnica— aunque, naturalmente, por sí misma no va a solventar todos estos problemas que son los que preocupan y sobre los que se esperan con razón respuestas y soluciones prácticas del Derecho (70).

Ciertamente, como apunta NIETO en el trabajo al que antes nos hemos referido, son varias las salidas últimas que están en la base de planteamientos como los de DUGUIT y FORSTHOFF, de los planteamientos superadores del liberalismo clásico; superación que, afirma este autor, «puede encarnar en el fascismo y en el socialismo, pero también en el llamado Estado social de Derecho» (71). Se ha dicho, en efecto, y lo hemos apuntado, que hay un fascismo larvado en los planteamientos de DUGUIT, y la trayectoria personal de FORSTHOFF también es conocida, por más que luego haya sido uno de los tratadistas que más se han ocupado del tema del Estado en la sociedad industrial, como reza uno de sus libros (72). No deja de resultar cu-

(70) Sobre una problemática semejante a la que se alude en el texto, es decir, la insuficiencia de las técnicas garantizadoras clásicas, es muy ilustrativo —y delicioso— el trabajo de Jean RIVERO: *Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, en «Dalloz Chronique», VI, 1962, pp. 37 y ss., hoy también recogido en el volumen, ya citado, *Pages de doctrine*, tomo II, pp. 329 y ss.

(71) A. NIETO: *La vocación del Derecho Administrativo*, cit., p. 23.

(72) E. FORSTHOFF: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975, a partir de la edición alemana de 1971. También, aparte de otros trabajos, *Sociedad industrial y Administración pública*, Madrid, 1967, donde se recogen dos publi-

rioso el paralelismo existente, aunque el ejemplo sea extraído de campos culturales en principio ajenos al Derecho, entre esta polémica y la que enfrentó a los historiadores hispanos sobre el regeneracionismo. COSTA, MACÍAS PICAVEA, LUCAS MALLADA, SENADOR y MOROTE, ¿fueron prefascistas, como apuntó TIERNO? (73). No es este el lugar para adentrarnos por estos derroteros. Lo que trato de decir es que la idea profunda que late en DUGUIT puede, en efecto, llegar a resultados no previstos inicialmente en sus vertientes ideológicas.

Pero, como dice NIETO, la salida se puede encarnar también en el Estado social de Derecho. El Estado social (74) dota al Estado de Derecho de un contenido social y económico adaptándolo a la socie-

caciones del autor: la primera, *Aspectos jurídicos de la Administración aportadora de prestaciones*, es un libro de FÖRSTHOFF, publicado en Stuttgart, en 1959 (*Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*; cfr. *Recensión* de esta edición alemana, por L. MARTÍN-RETORTILLO, en el número 37 de esta REVISTA (1962), y también en su libro *El vía crucis de las libertades públicas y otros ensayos rescatados*, Madrid, 1976, pp. 290 y ss.), libro que, a su vez, consta de varios trabajos, el más importante de los cuales es la reedición íntegra de dos capítulos de su conocido libro *Die Verwaltung als Leistungsträger*, publicado en 1938 y donde desarrolla por primera vez su teoría de la *Daseinsvorsorge*. El segundo trabajo que se incluye en *Sociedad industrial y Administración pública* lleva por título «La demanda de obras y bienes por parte del Estado», pp. 107 y ss. (se publicó en 1962 con el título original de *Der Staat als Auftraggeber*).

Relacionados con el tema, igualmente, sus trabajos: *Verfassungsprobleme des Sozialstaat*, Münster West, 1954; *La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», año VI, fascículo 3, julio-septiembre (1956), pp. 547 y ss.; *Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung*, en «Der Staat», tomo 2, fascículo 4 (1963); *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*, en «Rechtsstaat im Wandel», Stuttgart, 1964, pp. 111 y ss.; *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1966. Aparte, claro está, su *Tratado...*, cit.

Sobre los problemas de la «procura existencial» o «asistencia vital» en FÖRSTHOFF y en relación también con la sociedad industrial, cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO: *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge»*, en el número 38 de esta REVISTA (1962), pp. 35 y ss., *in toto*.

(73) E. TIERNO GALVÁN: *Costa y el regeneracionismo*, Barcelona, 1961, y luego en la recopilación *Escritos 1950-1960*, Madrid, 1971. También su trabajo «Macías Picavea y el regeneracionismo», en el volumen colectivo *Estudios de Ciencia Política y Sociología (homenaje al profesor Carlos Ollero)*, Madrid, 1972, pp. 801 y ss. Un análisis de esta interpretación y su opuesta en mi trabajo *Actualidad de Macías Picavea*, que es un comentario a propósito de la reciente reedición de su libro *El problema nacional* (IEAL, Madrid, 1979), publicado en «Documentación Administrativa», núm. 184 (1979), pp. 335 y ss.

(74) La bibliografía sobre el Estado social de Derecho es muy extensa, sobre todo en Alemania, donde acuñó el término H. HELLER y donde halló también, por primera vez, acomodo constitucional en los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, no dejando de plantearse, desde entonces, discusiones y debates acerca de la amplitud, significado y consecuencias del concepto.

La Constitución italiana no contiene una cláusula semejante acerca del Estado social, pero, como apunta Guido Conso (*I diritti sociali nella Costituzione italiana*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 3, 1981, p. 755) es rica en

dad industrial en la que el Estado asume funciones directivas de la economía y globaliza la política social. El Estado social de Derecho es

disposiciones relacionadas con los tradicionalmente denominados derechos sociales, por cuya vía se introduce igualmente la discusión.

En nuestro país, la cláusula del Estado social de Derecho, como es bien sabido, luce en el propio artículo 1.1 de la Constitución.

De la bibliografía en lengua castellana destacaría el fundamental y esclarecedor trabajo de M. GARCÍA-Pelayo: «El Estado social y sus implicaciones», en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1976, pp. 13 y ss., a quien he seguido muy de cerca en el texto. Véase también la *Recensión* que a este mismo libro le dedicó A. EMBID Irujo en el número 85 (1978) de esta REVISTA, pp. 444 y ss. También E. DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.ª ed., Madrid, 1981, en especial páginas 83 y ss. y bibliografía allí recogida (pp. 155-164), actualizada hasta 1981. También las interesantes sugerencias de L. PAREJO, en la *Recensión* al libro de M. Bassols: *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, recensión publicada en el número 97 de esta REVISTA (1982), pp. 453 y ss. También recientemente, sobre la Constitución española, E. DÍAZ: *El Estado democrático de Derecho en la Constitución española*, en «Sistema», núm. 41 (1981), pp. 41 y ss. (recogido en su libro *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Madrid, 1981), donde se critica otra reciente monografía sobre el tema, la de A. GARRORENA: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980. Véanse, a este respecto, las páginas 66 y siguientes del citado trabajo de E. DÍAZ.

Terminado ya este trabajo acaba de aparecer un libro específicamente dedicado al tema del Estado social. Me refiero al de Luciano PAREJO: *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, donde se pasa revista a la polémica alemana y se realiza una proyección del concepto en nuestro actual Derecho Público para abordar diversos temas conexos.

En la bibliografía italiana los trabajos son numerosos también. Puede verse el de M. S. GIANNINI: «Stato sociale: una nozione inutile», en el volumen *Scritti in onore di C. Mortati*, tomo I, Milán, 1977, pp. 139 y ss.; S. LENNER: *Lo stato sociale contemporaneo*, Roma, 1966; A. M. SANDULLI: *Stato di diritto e Stato sociale*, en «Nord e Sud», 1963; P. G. GRASSO: *Osservazioni sullo «Stato sociale» nell'Ordenamento italiano*, en «Quaderni di Scienze sociali», 1965, pp. 29 y ss., estos últimos citados por G. Corso en el trabajo al que hemos hecho referencia al comienzo de esta nota.

Una relación de la bibliografía alemana sobre el tema hasta 1970 en H. H. HARTWICH: *Sozialstaats postulat und gesellschaftlicher status quo*, Opladen, 1970, páginas 470 y ss. También la obra colectiva prologada por E. FORSTHOFF: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968, con trabajos, entre otros, del propio FORSTHOFF, E. FECHNER, W. ABENDROTH, O. BACHOF, E. R. HUBER... Recientemente, entre los manuales, K. HESSE: *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg-Karlsruhe, 12 ed., 1980, pp. 84 y ss. y bibliografía citada en página 84, nota 26. A un nivel más monográfico, P. BADURA: *Das Prinzip der Sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, en «Der Staat», 14 (1980), fasc. 1, pp. 17 y ss. Del mismo autor, en relación con el Derecho Administrativo, *Verwaltungsrecht im liberalen und Sozialen Rechtsstaat*, en la colección «Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart», fasc. 328, Tübinga, 1966; J. ISENSEE: *Verfassung ohne soziale Grundrechte*, en «Der Staat», 19 (1980), fasc. 3, pp. 367 y ss. De esta amplia producción bibliográfica quizá se puedan destacar, por haber dado lugar a posteriores desarrollos, las tempranas ponencias-polémicas a propósito de la Ley Fundamental de Bonn de los profesores E. FORSTHOFF y O. BACHOF, incluidas en el volumen número 12 de «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», con el título genérico *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Berlin, 1954, pp. 8 y ss. y 37 y ss., respectivamente.

o significa una transformación del Estado tradicional, es decir, del Estado liberal burgués, transformación que se sustenta, sociológicamente, en la interdependencia actual entre el Estado y la sociedad y, económicamente, en los supuestos de la teoría keynesiana, y que tiene como misión específica la asunción por el Estado de medidas de fomento y procura existencial con el fin de evitar las disfunciones sociales inherentes al sistema económico y a las contradicciones de clase. En una palabra, es el Estado que corresponde a la sociedad industrial, que acepta y continúa los moldes y valores democráticos del Estado de Derecho (libertad individual, propiedad privada, seguridad jurídica, igualdad, participación política...) para prolongarlos, dotándolos de contenido social y económico. Es el Estado que corresponde a la etapa del neocapitalismo con todas sus características (crecimiento, consumo, dependencia y elevación del bienestar para elevar, a su vez, el consumo, aunque la actual etapa de crisis económica y paro acumulado no deja de plantear incógnitas y modulaciones a este esquema típico).

El Estado social de Derecho significa un Estado gestor que distribuye, produce y asegura la producción, impulsándola, controlándola, en su caso, y armonizando con mejoras sociales las disfunciones del mercado con la finalidad política última de perpetuar el sistema.

Se produce una estatalización de la sociedad (muchas funciones del Estado son actuadas a través de los particulares, por medio de subvenciones, contratos, convenios, técnicas de concertación y de autoadministración, adoptando, a veces, fórmulas jurídico-privadas) en la medida en que sólo el Estado puede neutralizar los efectos sociales y económicos no controlados del mercado; pero al mismo tiempo hay también una socialización del Estado que se ve sometido a presiones de grupos representativos de intereses (empresariales, sindicales, asociativos) para influir en sus decisiones, decisiones cuya viabilidad, en ocasiones, depende también de esos grupos que pueden favorecer u obstaculizar la acción del Estado por su aceptación o rechazo. De ahí la generalización de fórmulas consensuales, conciertos, pactos, convenios, acuerdos y la crisis de la acción unilateral de puro mando.

Las consecuencias desde el punto de vista jurídico de esta nueva modalidad de Estado son importantísimas y no pueden dejar de afectar al Derecho administrativo, más que a ningún otro, sin duda, en la medida en que éste será uno de los instrumentos de ese tipo de Estado

para su realización. Los derechos individuales clásicos que implican de alguna manera la abstención del Estado se ven completados por otro tipo de derechos para cuya efectiva realización hace falta la acción del Estado; la ley deja a veces de ser general y abstracta para convertirse a menudo en un instrumento coyuntural de política económica con todas las consecuencias que ello implica desde el punto de vista del principio de legalidad y de reserva de ley (leyes-medida, leyes-cuadro, generalización de la delegación legislativa y aun del decreto-ley, control del Ejecutivo de la legislación a través de la iniciativa legislativa y el control presupuestario); la prioridad del Ejecutivo se acentúa; los controles jurídicos tradicionales se muestran insuficientes apareciendo otros nuevos; el juez adquiere una gran importancia, etc. En última instancia, a esa estatalización de la sociedad y socialización del Estado aludidas se corresponde también una interrelación paralela del Derecho público y del Derecho privado que hacen perder a ambos sus confines tradicionales, lo que no puede dejar de influir, en mi opinión, sobre el concepto y caracterización de nuestra disciplina.

Por otro lado, las consecuencias políticas y los límites de esa acción de «procura existencial» del Estado van a depender también de factores históricos, políticos y coyunturales, pues si, en principio, la función del Estado social de Derecho es asegurar el *statu quo*, adaptándolo a las nuevas circunstancias, propiciando la integración y excluyendo los disturbios, lo que sucede es que el propio modelo no es lineal y puede significar, al margen de interpretaciones mecanicistas, una corrección de fondo del sistema produciendo, por acumulación, una nueva estructura social y una superación cualitativa por vía democrática del sistema económico del que es resultado. Pero que ello sea de una u otra manera no es cuestión de dilucidar aquí, ya que, en buena medida, dependerá de circunstancias de todo orden, del influjo de diversos factores (entre ellos, el propio Derecho) y, finalmente, en el plano puramente especulativo, detrás del diagnóstico y de cara al futuro, casi todo se reduce, en el fondo, a una pura cuestión de creencia.

Pues bien, si el Estado social significa y conlleva estas características, si una de las salidas que están en la base de la caracterización del servicio público de DUGUIT en ésta, cabe preguntarse, ¿qué dice hoy nuestra Constitución ya en el pórtico de su artículo primero?, ¿no habrá que sacar alguna consecuencia práctica, un elemento valora-

tivo y con fuerza social de esa enfática declaración y del correlativo artículo 9.º2 del texto fundamental?

No se trata, pues, de «volver», sin más, a DUGUIT, porque, quizá, no se ha ido nunca a él, por más que, a diferencia de lo que sucedió con su tesis, que fue una tesis fundamentalmente doctrinal —a pesar de la elaboración jurisprudencial del Consejo de Estado— la legislación española esté plagada de referencias a la noción de servicios públicos, referencias incluidas, por cierto, cuando los nuevos acontecimientos económicos de la posguerra arramblaron, en Francia, con el concepto de servicio público como núcleo aglutinante del Derecho administrativo. Piénsese, sin ir más lejos, en la Ley de Contratos del Estado, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la Ley del Patrimonio, el Reglamento de Bienes, la propia Ley de Régimen Local e incluso la Ley Expropiatoria y la de Régimen Jurídico. Estas referencias legales, fruto en muchas ocasiones de una nociva tendencia del legislador a definir conceptos, cuando no es esa su principal misión, pienso yo, han obligado a la doctrina a replantear el tema reconduciendo la noción no a un determinado modo de gestión, sino, precisamente, al concepto general de actividad, giro o tráfico administrativo, en expresión conocida de GARCÍA DE ENTERRÍA, que tiene una clara aplicación, por ejemplo, en la interpretación extensiva del artículo 40 de la LRJ en lo referente a la responsabilidad de la Administración, por más que alguna jurisprudencia aún siga aferrada a un concepto estricto y clásico, superado, de la expresión, con las notas definitorias apuntadas, lo que vendría a significar un ejemplo más de lo que ya he señalado en otro lugar, a propósito del encorsetamiento que significa para la evolución de las instituciones exponer definiciones y cláusulas cerradas. En la Sentencia de 20 de marzo de 1975 (Arz. 1.328), en efecto, se afirma que la competencia de la jurisdicción contenciosa queda circunscrita, en lo que a materia de daños se refiere, a que éstos se produzcan «con motivo de una actividad o servicio público, el cual, por su propia esencia, implica que se preste de una manera regular y continua, empleando un procedimiento especial para satisfacer una necesidad pública, directa e inmediata (...), lo que excluye de esa consideración las actividades que sólo de manera esporádica, mediata o indirecta contribuyen a la ejecución de una obra o prestación de un servicio público...». Hay que advertir que la sentencia procede de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo contemplando una reclamación por los daños producidos a un auto-

móvil, habiendo resultado muerto uno de sus ocupantes. El coche derripó a consecuencia de las manchas de gas-oil vertidas en la carretera por un camión del Patrimonio Forestal del Estado (hoy ICONA) al no estar bien sujetos los bidones. El Tribunal Supremo estimó en parte la demanda, logrando el particular un resultado satisfactorio para sus intereses, pero la doctrina sentada en el considerando 2.º que acabo de citar se pronuncia justamente para afirmar la competencia de la jurisdicción civil frente a la excepción de incompetencia de jurisdicción presentada (75). Con todo, hay que decir que siguiendo estos planteamientos no le hubiera sido posible al propio Tribunal Supremo llegar a la admisión, hoy ya generalizada, de indemnizaciones por daños causados a consecuencia del mal estado de las carreteras, de lo que tenemos una relativamente amplia muestra jurisprudencial después de la Sentencia de 28 de enero de 1972 (Arz. 351) que inauguró la serie (76).

La doctrina contenida en la citada Sentencia de 20 de marzo de 1975 y en otra de la Sala 1.ª de 27 de junio de 1972 (Arz. 3.262), que contempla una reclamación de daños producidos a una draga como consecuencia del abordaje por un buque dependiente de la Junta del Puerto y Ría de Bilbao, esta doctrina, digo, tiene un cierto paralelismo con la sentada en un *arrêt* del Tribunal de Conflictos francés que significó un importante hito por los principios que sienta. Me refiero al *arrêt Société Commerciale de l'Ouest Africain* (más conocido como *arrêt Eloka*) de 22 de enero de 1922 (77). La colonia de Costa Marfil había instalado y explotado directamente un transbordador, «el bac Eloka», que la noche del 5 al 6 de septiembre de 1920 naufragó, produciéndose la reclamación de responsabilidad por parte de la compañía aseguradora de uno de los vehículos transportados y hundidos. Como en este caso, en el contemplado por la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 27 de junio de 1972, es también la compañía

(75) Sobre la citada Sentencia de 20 de marzo de 1975, vid. L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977, pp. 166 y ss.

(76) Sobre la jurisprudencia recaída en supuestos de responsabilidad por el mal estado de las carreteras, véase la bibliografía recogida en mi trabajo *Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en el número 91 de esta REVISTA (1980); en concreto para este tema, página 334. El primer comentario a la Sentencia de 28 de enero de 1972, destacando el giro jurisprudencial que significaba, se debe a T. R. FERNÁNDEZ en su trabajo *Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales*, en el número 67 de esta REVISTA (1972), pp. 187 y ss. y, en especial, 192 y ss.

(77) Cfr. *Les grands arrêts...*, cit., pp. 163 y ss.

aseguradora del barco siniestrado quien reclama. Pues bien, en el *arrêt* Eloka el Tribunal de conflictos atribuye la competencia para conocer a la autoridad judicial porque se trata de un servicio público comercial o industrial funcionando en las mismas condiciones de una industria privada. Al introducir este nuevo criterio en cuestiones de responsabilidad se quiebra la unidad anteriormente establecida en el *arrêt* Blanco, de modo que los daños causados por los servicios administrativos van a la justicia administrativa, pero si se trata de servicios industriales y comerciales se atribuyen a la competencia judicial. Con independencia de que, con posterioridad, el propio Consejo de Estado haya considerado a los *bacs* como obras públicas y consecuentemente haya conocido el propio Consejo de los litigios, la importancia del *arrêt* Eloka deriva de la cuestión de principio que introduciría un detonante, como vamos a ver, en la definitiva crisis del concepto técnico de servicio público.

En nuestro país, el criterio paralelo se contempla en el artículo 41 LRJ, según el cual cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, la responsabilidad se sustanciará ante los Tribunales ordinarios y con arreglo a los preceptos correspondientes del Código civil. Lo que sucede es que la aplicación de este artículo tiende a restringirse para ampliar correlativamente la expresión «servicios públicos» del artículo 40 LRJ en el sentido de «actividad, giro, tráfico o gestión administrativa», de modo que se llegan a incluir en el criterio de la responsabilidad objetiva supuestos como el de encender una estufa para calentarse, por formar indirectamente parte del servicio (D. de competencias de 7 de noviembre de 1960) o incluso se propicia la responsabilidad objetiva de Renfe, un organismo que legalmente se dice actúa en régimen de Derecho privado (dictamen del Consejo de Estado de 11 de julio de 1968). Por eso, la «actividad, el tráfico administrativo», de un organismo público que no actúa en régimen de Derecho privado, como son la Junta del Puerto e ICONA, casos contemplados en las dos sentencias citadas, era perfectamente reconducible, a mi modo de ver, a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de identificar la expresión «servicios públicos», del artículo 40 LRJ, con un «funcionamiento regular y continuo, empleando un procedimiento especial». Un supuesto semejante al caso Eloka, en nuestro país, podría, pues, plantearse ante la jurisdicción contenciosa y lograr, además, una sentencia favorable a las pretensiones indemnizatorias. Lo que no quiere decir que, planteado el asunto ante la

jurisdicción civil, ésta no se declarara competente, si se siguen los planteamientos expuestos en las citadas sentencias de 1972 y 1975, equivocadamente a mi juicio, porque, además, el problema procesal podría tener repercusiones sobre el fondo al reconocerse la responsabilidad de forma más estricta a tenor de lo prevenido en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.

7. RECEPCIÓN Y CRISIS DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO EXPLICACIÓN GLOBAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. CRISIS DE LA TÉCNICA, AUGE DE LA IDEA

Pero volvamos a la teoría del servicio público. Tuvo, como digo, una rápida aceptación, a pesar de su vaguedad e incluso ambivalencia. Adolfo POSADA, su verdadero introductor en España, tendría ocasión de afirmar: «En la tradición misma del Derecho administrativo o de la Administración como función sustantiva del Estado, el servicio público entraña la noción más definida, intensificada, dinámica y objetiva del bien público como distinto del interés particular, o como conjunto de necesidades públicas, y en conjunto la satisfacción de ésta se reputa función de la Administración del Estado» (78). Después GARCÍA OVIEDO sería el traductor de JÈZE, con un prólogo sobre el tema en la propia edición española de los *Principios* del discípulo de DUGUIT (79). Y luego ROYO-VILLANOVA, GASCÓN Y MARÍN, JORDANA DE POZAS, con su clásica tripartición de funciones administrativas (policía, fomento y servicio público), hasta FERNÁNDEZ DE VELASCO, aceptaron el criterio. En Italia gran parte de la doctrina acogió el concepto y lo mismo sucedió en la propia Francia, donde ha tenido sus seguidores más asiduos y aún sigue teniéndolos en las categorías básicas de Tratados como el del recientemente fallecido LAUBADÈRE (80). Creo que no tiene sentido

(78) A. POSADA: *Servicio público*, en «Enciclopedia Jurídica Española», tomo XXVIII, Barcelona, s. f., pág. 617. La voz ocupa las pp. 616 a 624.

(79) *Los principios...*, cit., pp. 5-15.

(80) A. DE LAUBADÈRE: *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 6.ª ed., París, 1973 (8.ª ed., 1980), pp. 15 y ss. De André de LAUBADÈRE afirmará GARCÍA DE ENTERRÍA: «Ha hecho todos sus estudios en Burdeos, donde permanece perfectamente viva la Escuela Jurídica que ha recibido el nombre de la ciudad (...). Aunque DE LAUBADÈRE excusa toda toma de principio y más bien ha puesto de relieve el carácter complementario de las doctrinas de los dos grandes maestros en la formación de los principios del Derecho Administrativo moderno, revela, sin embargo, su formación duguitiana recogiendo en todas las ediciones de su gran *Traité de Droit administratif* en el capítulo introductorio un epígrafe donde expone "la técnica jurídica del Derecho Administrativo", expresión de sus "conceptos de base, que no serán otros que las grandes categorizaciones de DUGUIT

que nos detengamos más, por el momento, en seguir las líneas evolutivas que en cada autor posterior halló la primitiva formulación del concepto de servicio público. Baste decir que la noción, como ya hemos apuntado, apelaba a una actividad de interés público general gestionada, en principio y al margen del tema de las concesiones, por un organismo público, de forma regular y continua y sometida a un régimen jurídico específico, según concretó JÈZE. Esta última nota no dejaba de chocar con los primitivos planteamientos de DUGUIT que se negaba, como es bien sabido, a admitir conceptualmente la idea de un Derecho especial para la Administración, a partir de sus tesis sobre la no separación entre Derecho público y Derecho privado, tesis a la que llegaba precisamente desde su negativa a reconocer la personalidad jurídica del Estado. Y en ello era congruente, como trató de serlo con un sistema general cerrado y bien distinto, en este aspecto, del rico, complejo y, a veces, contradictorio pensamiento de HAURIUO, como ha sido puesto de relieve (81). DUGUIT dirá, en efecto: «Niego la personalidad del Estado; en consecuencia, no concibo la existencia de una regla que se aplique a las relaciones de una pretendida persona colectiva soberana con los sujetos subordinados a su voluntad que sea distinta, por su fundamento y su objeto, a la que se aplica a las relaciones entre simples particulares» (82). Sin embargo, después, matiza su lógica conclusión al admitir la separación entre el Derecho público y el Derecho privado, pero no por su fundamento, sino única y exclusivamente por el modo de sanción de cada uno de ellos (83).

La noción de servicio público fue, pues, una noción política, jurídica luego. Y no podría ser de otra manera. «La finalidad última de

sobre las reglas del Derecho, las situaciones jurídicas y los actos jurídicos» (*Cuatro maestros de París...*, cit., pp. 480 y ss.). Se refiere GARCÍA DE ENTERRÍA, al aludir al intento conciliador de LAUBADÈRE entre las tesis de HAURIUO y DUGUIT, a su trabajo, ya citado, *Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit*.

(81) A. DE LAUBADÈRE aludirá a la diferencia temperamental de los dos grandes tratadistas franceses. DUGUIT sería, así, riguroso, lineal, tajante, ávido de coherencia y de sistematización, sin quiebras. HAURIUO, por el contrario, sería una personalidad que acepta la complejidad e incluso las contradicciones de la realidad, siempre a la búsqueda de nuevas aperturas y con un verdadero hervidero de ideas e imágenes en su cabeza. El uno, obseso del rigor y la coherencia, adopta un punto de vista lógico y jurídico, y se atiene a él. El otro, no duda en asociar y corregir puntos de vista para «aprehender lo real en su complejidad», utilizando la lógica jurídica, el análisis histórico y la preferencia política. Utiliza HAURIUO, como ha dicho VEDEL, un sincretismo metodológico ajeno por completo a los planteamientos de DUGUIT (cfr. *Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit*, cit., en *Pages de doctrine*, I, pp. 11 y 25).

(82) *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo I, cit., p. 685.

(83) L. DUGUIT: *Traité...*, tomo I, cit., pp. 702 y ss.

una técnica jurídica es, como dijo GENY, la de '*habiller, mettre en forme la volante*'. Una técnica no puede nunca funcionar en el vacío desprendida de un fin actual o virtual, aunque pueda desligarse de este fin» (84). En realidad, pienso yo, vino a complementar otras tendencias, a llamar la atención frente a un proceso estrictamente formal, vacío de contenidos, que pudiera legitimar a cualquier Administración y respondía, en definitiva, a la etapa de un Estado en transformación cuya verdadera tendencia aparecería años más tarde, tras la II Guerra Mundial, con la aparición de la moderna sociedad industrial y el correlato político de lo que se ha denominado el Estado social de Derecho. Al convertirse, no obstante, en un criterio estricto definidor del Derecho administrativo y definidor también, no lo olvidemos, del juez administrativo, su supervivencia como tal criterio definidor terminó el día en que los nuevos acontecimientos sociales y económicos desbordaron los márgenes de sus notas definitorias. Aparece en escena, entonces, el tema de la crisis del servicio público, que ha sido puesta de manifiesto por diversos autores, desde el libro de J. L. CORAIL (85) hasta otros muchos (86), y,

(84) La cita es de J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, p. 195, aludiendo precisamente a la técnica del servicio público.

(85) J. L. CORAIL: *La crise de la notion juridique de service public en Droit administratif français*, Paris, 1954, in toto, así como el importante Prefacio de P. COUZINET.

(86) Vid., entre otros, G. MORANGE: *Le declin de la notion juridique de service public*, R. Dalloz, 1947, pp. 45 y ss.; M. WALINE: *Vicissitudes de la notion de service public*, en «Revue Administrative», núm. 5 (1948), pp. 23 y ss.; B. CHENOR: *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, en «Etudes et Documents. Conseil d'Etat», núm. 4 (1950), pp. 77 y ss.; J. M. AUBY: *Remarques sur quelques difficultés du Droit Administratif*, en «Annales de la Faculté de Droit de Bordeaux», núms. 1-2 (1951), pp. 3 y ss.; J. RIVERO: *Apologie pour les «faiseurs de systemes»*, en R. Dalloz (1951), pp. 99 y ss., y hoy en *Pages de doctrine*, tomo I, cit., pp. 3 y ss.; también de J. RIVERO su fundamental *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*, en «Archives de Philosophie du Droit», R. Sirey, 1952, pp. 147 y ss., hoy en *Pages de doctrine*, tomo II, cit., pp. 49 y ss., y también del mismo autor, *Existe-t-il un critère du Droit administratif?*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», núm. 2, abril-junio 1953, pp. 279 y ss., y hoy igualmente en *Pages de doctrine*, tomo II, cit., pp. 187 y ss.; A. DE LAUBADÈRE: *Réflexions sur la crise du Droit administratif français*, en R. Dalloz, 1952, pp. 5 y ss., y hoy en *Pages de doctrine*, tomo II, cit., pp. 177 y ss.; Ch. EISENMANN: *L'autonomie du Droit administratif* (curso de doctorado, «Les Cours de Droit», 1953); G. VEDEL: *Les bases constitutionnelles du Droit administratif*, «Etudes et Documents. Conseil d'Etat», núm. 8 (1954), pp. 21 y ss., y hoy en *Pages de doctrine*, tomo II, cit., pp. 129 y ss., en toda su primera parte.

No obstante, y aunque en estos trabajos, por lo general, no hay un abandono total del criterio del servicio público sino más bien un abandono del mismo como criterio central de referencia, ha habido luego otros intentos de revalorizar la noción y aún de volver a centrar sobre ella el núcleo de la disciplina. Con-

en España, desde las tempranas observaciones del profesor VILLAR PALASÍ (87).

fróntese a este respecto, el trabajo de A. DE LAUBADÈRE: *Révalorisations récentes de la notion de service public en Droit Administratif français*, en «L'Actualité Juridique. Droit administratif», 1961, núm. 11, pp. 591 y ss., hoy en *Pages de doctrine*, tomo II, cit., pp. 219 y ss., donde se hace eco del importante y polémico estudio de R. LATOURNERIE, que llevaba este significativo título: *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public, agonie, convalescence ou jouvence*, en «Etudes et Documents. Conseil d'Etat», núm. 14 (1960), pp. 61-159. *Vid.* también las reseñas que a este último trabajo, rehabilitador, en parte, de la noción de servicio público, hicieron los profesores M. WALINE, en «Revue de Droit Public» (1961), pp. 708 y ss., y P. WEL, en «L'Actualité juridique-D. A.» (1961), 10, pp. 533-35. También L'HUILLER: *Nouvelles reflexions sur le service public*, en las crónicas del R. Dalloz (1957), pp. 91 y ss.; R. CHAPUS: *Le service public et la puissance publique*, en «Revue de Droit Public» (1968), páginas 236 y ss., y más recientemente, J. CHEVALLIER: *Essai sur la notion juridique de service public*, «Publications de la Faculté de Droit d'Amiens», 1977. En su *Traité de Droit administratif*, A. DE LAUBADÈRE, después de referirse al apogeo y a la crisis de la noción de servicio público, aludirá también a las nuevas corrientes rehabilitadoras del criterio, para acabar diciendo que, si hoy es más que dudoso que se pueda edificar el Derecho Administrativo en torno a un concepto único y exclusivo, la noción del servicio público continúa siendo la más importante como criterio de aplicación del mismo, como criterio de competencia jurisdiccional y como lugar de encuentro de las principales nociones técnicas del Derecho Administrativo (actos, contratos, etc.) (T. I, 6.ª ed., París, 1973, página 52).

(87) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en el número 3 de esta REVISTA (1950), pp. 53 y ss. Para VILLAR, como ya hemos apuntado más atrás, el servicio público se caracteriza por su carácter monopolístico y excluyente, por utilizar un procedimiento de Derecho público exorbitante del Derecho común, por ser regular y continuo y, finalmente, por la existencia de un derecho abstracto a las prestaciones. La nueva actividad del Estado industrial proporciona bienes al mercado y no es posible adecuar a ella estas notas del servicio público, por lo que es preciso adoptar una nueva forma de actuación añadida a las tres clásicas de policía, fomento y servicio público: la gestión económica, que puede adoptar diferentes fórmulas: establecimiento público intervencionista (el INI, por ejemplo), empresa pública, empresa propia, accionariado estatal...

Este planteamiento fue vivamente criticado por GARRIDO FALLA («La crisis de la noción de servicio público») en su libro *Las transformaciones del régimen administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1962, pp. 141 y ss.). Para GARRIDO, muchas de las notas del servicio público apuntadas por VILLAR no son esenciales. Por ejemplo, el carácter monopolístico habría sido pensado para servicios sin contenido económico, pero no es esencial. Existen hospitales y escuelas públicas, pero también, junto a ellos, centros privados hospitalarios y de enseñanza. La nota de la continuidad está en crisis al admitirse, por ejemplo, el tema de la huelga en los servicios públicos, y el derecho a la prestación no es general, lo es en los que él denomina servicios *uti singuli* (matricularse en una Universidad), pero no en los servicios *uti universi* (encendido durante más o menos tiempo del alumbrado público). Por otro lado, y a la inversa, la nota del procedimiento de Derecho Público se da en algunas formas de gestión económica, como en el caso del INI. Por consiguiente, GARRIDO se pregunta si no será el concepto de servicio público el que nos diga cuáles de estas nuevas formas de gestión económica son o no servicios públicos. Y si no hay servicios públicos, ¿no será porque nos estamos enfrentando con la actividad administrativa sometida al Derecho Privado? Lo característico de la actividad estatal en materia económica es que el régimen de los entes creados como consecuencia de tal actividad se

Aparece primero la posibilidad de los llamados servicios públicos industriales o comerciales y la noción, más amplia, de servicios públicos en gestión privada, a partir, fundamentalmente, del *arrêt Eloka* (88), que viene a introducir un planteamiento no previsto, en la medida en que se trata de la utilización del Derecho privado. Más tarde, los *arrêts VEZIA*, de 20 de diciembre de 1935 (89), y *MONTPEURT* de 31 de julio de 1942 (90), delimitan el concepto de empresa privada de interés público y la gestión privada de servicios públicos en régimen mixto, respectivamente, desvinculándose así la identificación entre los aspectos orgánicos y funcionales del servicio (91). Las nacionalizaciones consiguientes a la II Guerra Mundial cierran, finalmente, el proceso de la crisis de la noción del servicio público. Se ha puesto de relieve que la Administración puede acudir a fórmulas privatísticas para gestionar servicios públicos, que éstos podían llevarse a

ha construido sobre nociones tomadas indistintamente del Derecho Público y del Privado, como dice RIVERO, a quien GARRIDO cita. (Se refiere al trabajo que ya hemos mencionado: *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*.) Lo que se pone en cuestión es la división tradicional entre Derecho Público y Derecho Privado, entre otras cosas porque existen fines públicos logrados con medios de Derecho Privado.

(88) Véase, más atrás, el texto correspondiente a la nota 77.

(89) Por un Decreto de 29 de junio de 1910 se crearon en el África occidental francesa unas llamadas «Sociedades indígenas de previsión», con un estatuto y un carácter puramente privados. Pero, después de 1915, se va a obligar a los campesinos a pertenecer a estos organismos, asimilándose, en 1919, las cantidades percibidas por estas sociedades a los impuestos. Habiéndoseles atribuido facultades expropiatorias, el Consejo de Estado examina si podían tener estas facultades, diseñando la categoría de organismos privados de interés público. No son un servicio público, pero tienen ciertas prerrogativas públicas. A partir de entonces, como se apunta en el texto, se disocia también el carácter del servicio público como un *órgano* y como una *función*, que puede ser confiada a un organismo privado (cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT: *Les grands arrêts*, cit., pp. 235 y ss.).

(90) El *arrêt Montpeurt* reconoce claramente que organismos no administrativos gestionen un servicio público, perdiendo así esta noción, de forma definitiva, su carácter orgánico. Véase *Les grands arrêts...*, cit., pp. 269 y ss. Un análisis de esta jurisprudencia y las consecuencias derivadas de ella, de cara a los organismos corporativos y sus relaciones con la Administración, en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, en especial, pp. 39 y ss. También, en el Derecho francés, Ch. EISENMANN: «L'arrêt Montpeurt: légende et réalité», en *L'évolution du Droit Public. Etudes en l'honneur d'Achilles Mestre*, París, 1958, pp. 221 y ss. El *arrêt Montpeurt*, en todo caso, tiene unas connotaciones más amplias de las que ahora nos interesa destacar, por lo que no nos detenemos en él en este momento remitiéndome, fundamentalmente, al trabajo del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

El asunto procede de la impugnación de una decisión de la «Comisión de Organización Industrial del Vidrio», organismo de carácter corporativo, creado por una ley del Gobierno de Vichy en 1940, que tenía como objeto organizar la producción industrial.

(91) Cfr. P. WEIL: *El Derecho Administrativo*, traducción española, Madrid, 1966, páginas 75 y ss.; J. A. MANZANEDO: *Servicio público...*, cit., p. 230.

cabo no por la Administración, sino por empresas sometidas al Derecho privado, y, en fin, que podían existir actividades gestionadas por entidades públicas que no eran servicios públicos. Todo ello desborda la noción del servicio público a la que era consustancial un procedimiento de Derecho público con ejercicio de poderes exorbitantes (92). Por ello, ya no se puede caracterizar a la Administración y al Derecho administrativo como el Derecho que regula la gestión de los servicios públicos cuyos conflictos se someten al juez administrativo, porque habrá servicios públicos regidos por el Derecho privado. Todo el tema de la actividad industrial y mercantil aparece a la vista necesitado de una nueva explicación sistemática. Es el final de toda una época. Pero cuando digo que se trata del final de una época no me refiero sólo al final de una etapa en los intentos sistemáticos de explicación de un fenómeno jurídico. Es algo más, y, sin duda, más trascendente. Es el final pero paradójicamente también el inicio de lo que DUGUIT había previsto ya a principios de siglo. En la medida en que el Derecho responde a la realidad, en la medida en que el Derecho administrativo está influido y apegado más que ningún otro a la realidad no podía sino reflejar esos cambios. Y es que la realidad había cambiado. Era el pórtico de nuestro tiempo. Un tiempo en el que las conquistas políticas del liberalismo se intentan conciliar con la superación del liberalismo económico. El Estado social de Derecho adquiere carta de naturaleza en 1949. Tres años después, en 1952, Jean RIVERO veía el problema con enorme lucidez. Digámoslo con sus propias palabras. Para las democracias occidentales la cuestión a la que hay que dar una solución «es la coexistencia de un orden económico profundamente distinto del liberalismo, y de un orden político que pretende permanecerle fiel. Conciliar la concepción política que fija como límite a la acción del poder los derechos de la persona, con el abandono de la línea divisoria que el liberalismo económico había trazado entre las actividades reservadas al Estado, netamente definidas por su objeto y su método, y las de los particulares, tal es la directriz general por la que se explica la inigualable confusión del Derecho administrativo» (93). Derecho civil y Derecho administrativo, desde ahora, ya no seguirán siendo del todo los mismos, hay una ruptura de sus

(92) J. L. VILLAR PALASI: *La actividad industrial...*, cit., p. 64 y cuanto se ha venido diciendo más atrás.

(93) Vid. J. RIVERO: *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*, cit., (cito por la versión publicada en *Pages de doctrine*, II, cit., p. 69).

ámbitos tradicionales, se ha producido lo que el propio RIVERO denominará una «estrecha interpenetración» en campos que hasta entonces habrían pertenecido sólo al Derecho público o sólo al Derecho privado.

8. LA EVOLUCIÓN POSTERIOR: LA DECLARACIÓN DE UN SECTOR COMO SERVICIO PÚBLICO Y ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El concepto de servicio público, no obstante, si no sirve como único aglutinante del Derecho administrativo, seguirá jugando un papel importante y los esfuerzos de la doctrina, a partir de los textos legales en nuestro caso, se orientarán a redefinir sus caracteres, para hablar de servicios públicos virtuales, servicios públicos impropios o definir un concepto objetivo de servicio público (94). En un plano más general la noción de servicio público queda privada de «cualquier pretensión dogmática de independencia institucional. El servicio público funciona como valor entendido puramente instrumental, como "imagen" expresiva de las actividades asumidas por el sector público» (95).

El tema del servicio público, con todo, desligado del carácter universal y omnicomprensivo en la construcción del Derecho administrativo, tal y como se pretendió, no deja de plantear problemas prácticos de indudable trascendencia. Porque, si la declaración como servicio público de una determinada actividad significa la asunción de la titularidad por parte del Estado implicando de hecho la monopolización del sector a favor de la Administración y restringiendo el derecho de libertad empresarial (96), se plantean problemas como el de la distinción entre declaración servicial y nacionalización; distinción discu-

(94) Un esquema de esta evolución, sobre todo en Italia, en R. GÓMEZ-FERRER: *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, en el número 70 de esta REVISTA, 1973, pp. 7 y ss., en especial pp. 23 y ss.

(95) J. A. MANZANEDO MATEOS: *Servicio público...*, cit., p. 238.

(96) Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Libertad de empresa y nacionalizaciones en la Constitución*, en «Cuadernos Aragoneses de Economía» (Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Zaragoza), 1979, p. 219. Citando a GARCÍA DE ENTERRÍA (*La actividad industrial y mercantil de los municipios*, en el número 17 de esta REVISTA, 1955, pp. 106 y ss.), dirá: «Con la declaración de servicio público (...) se produce una monopolización del sector o actividad servicial a favor de la Administración, de manera que el derecho de libertad empresarial reconocido a la iniciativa privada queda totalmente restringido.»

Recuérdese, no obstante, la opinión de GARRIDO FALLA en su trabajo *La crisis de la noción de servicio público*, más atrás recogido.

tida y que no es pacíficamente aceptada a partir, sobre todo, del debate acerca del concepto de nacionalización y su significado preciso. Así, mientras para unos la nacionalización supone, genéricamente, la asunción por el Estado de la titularidad de un bien o actividad, que queda de este modo bajo el control de aquél (97), para otros este concepto amplio de nacionalización equivale a su identificación y no diferenciación con el de servicio público que, si bien aboca al mismo resultado jurídico de asunción de titularidades por el Estado y eliminación de la iniciativa privada en el sector, se diferenciaría de la nacionalización en sentido estricto en que el servicio público no exige necesariamente la gestión directa del mismo, que puede ser concedida a los particulares, en tanto, para esta tesis, la nacionalización requiere una total y absoluta correlación entre titularidad y gestión. De este modo, el concepto de nacionalización adquiriría un significado más preciso y diferenciable (98).

(97) En la doctrina española, a título de ejemplo, cfr. R. MARTÍN MATEO, voz *Nacionalización*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo XVI, Barcelona, 1978, páginas 831 y ss. Anteriormente este mismo autor, en su libro *Ordenación del sector público en España*, Madrid, 1973, p. 74, y con F. SOSA, en *Derecho Administrativo económico*, Madrid, 1974, p. 104.

En términos más ambiguos, M. BAENA: *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, 1966, pp. 109 y ss.

(98) Vid., en este sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Libertad de empresa y nacionalizaciones...*, cit., pp. 219 y ss. G. ARIÑO, por su parte, si bien afirma que «la nacionalización es aquella operación mediante la cual la propiedad de unos bienes o de un determinado tipo de bienes o factores de producción o una empresa o un grupo de empresas se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla a la dirección capitalista», se plantea luego la distinción entre «nacionalización de la actividad» y «nacionalización de los medios de producción». La primera supondría la configuración de un servicio público, pero si no se transfiriera la propiedad de los medios de producción al titular de la actividad «no hay en rigor "nacionalizaciones"». Es decir, la nacionalización, para este autor, supone básicamente la transferencia a la colectividad de bienes o empresas antes en manos privadas (*Sobre la asunción de titularidades y bienes por el Estado*, prólogo al libro de J. M. DE LA CUÉTARA: *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983, pp. 17 y ss.). Esta tesis, de hecho, viene a coincidir con la de FERNÁNDEZ FARRERES, puesto que en el caso de actividades la asunción de la titularidad y los medios parece que vendría a identificarse con la gestión directa propugnada por aquél como dato básico de la nacionalización. Esta identificación se reafirma si se tiene en cuenta que el propio ARIÑO, con anterioridad, al ocuparse del artículo 128.2 de la Constitución había afirmado que la declaración de las reservas al sector público a que este precepto se refiere no tiene por qué suponer la gestión directa por el Estado y es entonces cuando distingue entre «nacionalización de la actividad», cuya gestión puede ser concedida, y «nacionalización de los medios de producción», decisión de oportunidad acerca de si «deben ser asumidas directamente por el Estado o delegadas (concedidas) en su gestión» (véase el volumen colectivo dirigido por F. GARRIDO FALLA: *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid 1980. El trabajo de G. ARIÑO se titula *La empresa pública*, y se incluye en el tomo II, pp. 11 y ss. La referencia, en p. 102). Hay,

En el caso de la Constitución española, el tema se plantea al interpretar el artículo 128.2 según el cual «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y, asimismo, acordar la intervención de empresas cuando lo exigiere el interés general». ¿Está previendo este artículo la declaración de recursos o sectores como de servicio público? En tal caso, según la acepción tradicional, esta declaración no comporta la obligación de la gestión directa, que puede ser concedida. ¿Está hablando el precepto de nacionalizaciones en sentido amplio o se refiere a nacionalizaciones en el sentido de implicar una correlación directa entre gestión y titularidad en la línea de la segunda tesis apuntada? (99).

El tema tiene notables consecuencia prácticas y merece al menos una reflexión, aunque ésta no pretende ser, ni mucho menos, definitiva.

pues, una cierta distinción conceptual, aunque luego se afirme que ambas caben en el artículo 128.2 de la Constitución.

La discrepancia comienza en el hecho de que para FERNÁNDEZ FARRERES, como veremos, las nacionalizaciones posibles en sentido estricto están en el artículo 128.2, que únicamente se refiere a ellas, mientras que para ARIÑO la diferenciación es solamente conceptual, puesto que en el artículo 128.2 caben, desde luego, esas nacionalizaciones, pero también las por él llamadas «nacionalizaciones de actividades» que admiten la concesión de la gestión. Asumir y optar por unas u otras en la práctica sería una cuestión política, de mera oportunidad, en cuya tesitura el autor se decide en contra de las nacionalizaciones, por los inconvenientes que presentan, a su juicio, desde el punto de vista de la eficacia, aunque el análisis jurídico no está exento de un cierto *parti pris* con un carácter acaso excesivamente ideologizado. Véanse sus trabajos citados en esta nota y, además, *El servicio público como alternativa*, en «REDA», núm. 23 (1979), páginas 537 y ss., en parte recogido en *La empresa pública*, cit., pp. 110 y ss., y sobre todo, *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 9, enero-marzo 1983, pp. 11 y ss., y *El socialismo y las nacionalizaciones (con un epílogo sobre Rumasa)*, en «Cuenta y Razón», núm. 10, abril-mayo 1983, pp. 61 y ss.

Como veremos en el texto, no es cuestión ahora de adentrarse por derroteros que son más propios, quizá, del análisis económico y aún de las opciones políticas, sino de esbozar las consecuencias jurídicas —no exentas de contradicciones— que las diversas interpretaciones del texto constitucional ofrecen al intérprete, desbrozar el marco, no siempre lineal, por cierto, en el que esas opciones políticas pueden y deben moverse a partir de las exigencias de eficacia y del cumplimiento de los fines constitucionales, es decir, el marco de los instrumentos y sus limitaciones, no la bondad intrínseca de una u otra de las opciones posibles, bondad o maldad respecto de las cuales, al menos en mi caso, necesitaría echar mano de otras experiencias y de otras disciplinas que me son más desconocidas para poder hablar en términos que excedan de la simple opinión del ciudadano medio.

(99) Esta última es, como ha quedado dicho, la tesis sustentada por G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Libertad de empresa y nacionalizaciones...*, cit., p. 223, aunque otra cosa es, como este mismo autor advierte, «la posible oportunidad o no de utilizar esa vía que abre la Constitución».

En el artículo 128.2, si se admite la segunda de las tesis reseñadas, estarían contemplados los supuestos tasados de nacionalizaciones en sentido estricto, esto es, aquellas asunciones por el Estado de la titularidad y gestión de una determinada actividad que la Constitución limita y exige sea «esencial», quedando fuera otras posibles declaraciones serviciales que circularían al margen del citado artículo 128.2.

Por el contrario, si se parte de un concepto más amplio de nacionalización, en el artículo 128.2 se contemplarían todas las excepciones a las precisas condiciones del mercado, de modo que en él estarían todos los supuestos constitucionalmente posibles de asunción de titularidades por el Estado, bien concentrando la titularidad y la gestión (nacionalización en sentido estricto, según la otra tesis), bien concediendo ésta (servicio público tradicional), por suponer ambas modalidades una exclusión, monopolística, del mercado. La elección de una u otra fórmula, de una u otra modalidad dependería exclusivamente de razones de oportunidad y conveniencia. Esta es, precisamente, la tesis de F. GARRIDO FALLA (100) para quien sólo los servicios o recursos esenciales pueden reservarse al sector público con monopolio, aunque este monopolio no excluya la gestión indirecta, básicamente la concesión. Es más, la concesión «tampoco será constitucionalmente posible sino cuando se trate de actividades y recursos *reservados* (además de *esenciales*)» (101), negándose cualquier diferenciación entre servicios públicos esenciales (los nacionalizables, según la otra tesis) y no esenciales pero concedidos con monopolio porque «estos últimos no están en la Constitución y chocan con el principio de libre empresa» (102). Declaración servicial con o sin concesión se vendría a identificar así con el concepto de nacionalización que, apurando el argumento, no exigiría, pues, la gestión directa.

¿Qué pensar de estos planteamientos? El tema hay que enmarcarlo en el más general que plantea el papel que le corresponde al Estado dentro del juego económico en una Constitución en la que la cláu-

(100) F. GARRIDO FALLA: *El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público*, en «REDA», núm. 29 (1981), pp. 225 y ss., en especial pp. 232 y ss. Ya se ha visto más atrás que esta es también la opinión de G. ARIÑO, puesto que la reserva «no ha supuesto nunca, ni tiene por qué suponer ahora, la gestión directa por el Estado por vía empresarial» (*La empresa pública*, cit., p. 102). En parecido sentido, Ramón ENTRENA CUESTA: «El principio de libertad de empresa», en el volumen colectivo citado *El modelo económico en la Constitución española*, tomo I, pp. 103 y ss., en especial, pp. 162 y ss.

(101) F. GARRIDO: *El modelo...*, cit., p. 233. Subrayado en el original.

(102) F. GARRIDO: *El modelo...*, cit., p. 234.

sula del Estado social debe desempeñar una destacada función junto al principio de libertad de empresa en una economía basada en la competencia del mercado.

Pues bien, la única desviación prevista al mecanismo del mercado —dejando ahora al margen otras técnicas de intervención del Estado en la economía como la planificación y la amplitud, superadora del principio de subsidiariedad, de la iniciativa pública en materia económica prevista en el inciso primero del párrafo segundo del artículo 128, pero dentro de la economía competencial del mercado— la única desviación, la única técnica de cercenamiento del mercado en determinados sectores está en la previsión del artículo 128.2, de donde se deduce la importancia fundamental de precisar el contenido de dicho precepto constitucional cuando se refiere a la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales.

Las dos tesis interpretativas fundamentales a propósito de este básico artículo han sido enunciadas más atrás. La primera de ellas, la que podríamos denominar interpretación restrictiva, sitúa en este precepto los supuestos de nacionalización en sentido estricto, es decir, aquellos casos en los que van indisolublemente unidas la titularidad y la gestión públicas. No cabe, pues, la concesión. Declaración servicial y nacionalización en sus efectos prácticos vendrían a ser la misma cosa, pero el servicio público al que este precepto apela no podría ser concedido ni gestionado por particulares. En última instancia, si a los conceptos se les quiere dotar de contenido diferenciador, más allá del puro nominalismo, aquí estaríamos en presencia de una verdadera nacionalización, conceptualmente separable del servicio público en cuanto que éste, tradicionalmente, puede ser concedido y aun lo normal es que lo sea según el dogma del Estado liberal del concesionario interpuesto.

Esta interpretación, a mi juicio, es convincente en el plano de los principios y puede considerarse que va en la línea del texto constitucional que, al establecer un marco económico flexible más que un modelo concreto, preciso y cerrado (103), permite y aun obliga a una ac-

(103) Una excelente síntesis de las posiciones hasta ahora esbozadas en la interpretación del marco constitucional de la actividad económica puede hallarse en el, por lo demás, importante y documentadísimo libro del profesor de Derecho Mercantil Gaudencio ESTEBAN VELASCO: *El poder de decisión en las sociedades anónimas (Derecho europeo y reforma del Derecho español)*, Madrid, 1982, pp. 594 y ss. y en especial pp. 614 y ss.

Dos líneas interpretativas se han ido decantando, según expone ESTEBAN VELASCO, a quien sigo en esta nota. La primera de ellas incide en los artículos 33

ción del Estado, acción de conformación social cuyo límite viene determinado por el respeto al contenido esencial del principio de libertad de empresa. Una de esas acciones serían las nacionalizaciones que,

y 38 para concluir que se ha constitucionalizado un modelo económico concreto de economía de mercado, línea en la que, aunque con distintos acentos, estarían, según este autor, los trabajos de Ramón ENTRENA CUESTA: «El principio de libertad de empresa», y de G. ARIÑO: «La empresa pública», ambos en el volumen colectivo dirigido por F. GARRIDO: *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981, pp. 103 y ss. del tomo I y 11 y ss. del tomo II, respectivamente. También O. ALZAGA: *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, páginas 305 y 791 y ss.; SERRANO CARVAJAL: *Libertad de empresa y planificación en la Constitución española*, en «Revista de Política Social», núm. 121 (1979), pp. 439 y ss.; MONEDERO GIL: «Estructura de la empresa pública en España», en *El accionariado popular en la España actual*, Madrid, 1979, pp. 73 y ss., en especial 94 y ss.; LAMA-NORIEGA: *Notas sobre la Constitución y la economía de mercado*, en «Libre Empresa», núm. 5 (1978), pp. 127 y ss.; Círculo de empresarios: *La empresa privada en la Constitución española*, Madrid, 1979.

La segunda interpretación, siempre según G. ESTEBAN, no desconoce la importancia del artículo 38 de la Constitución, pero llega a la conclusión de que, enmarcado en el conjunto del texto constitucional, no permite la adscripción a un modelo económico cerrado, sino que se trata, más bien, de un marco, «un sistema de economía de mercado abierto», que debe respetar en todo caso un programa mínimo: el contenido de los derechos fundamentales (*op. cit.*, p. 616). En esta línea, sin perjuicio también de algunas matizaciones, los trabajos de DUQUE: «Constitución económica y Derecho mercantil», en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 66 y ss. y 89 y ss.; GARCÍA-PELAYO: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en el volumen colectivo *Estudios sobre la Constitución española en 1978*, Zaragoza, 1979, páginas 27 y ss.; MORIS: «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis», en el volumen dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980, pp. 363 y ss.; FONT GALÁN: *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, en «Revista de Derecho Mercantil», núm. 152 (1979), pp. 205 y ss.; GARCÍA COTARELO: «El régimen económico y social de la Constitución española», en *Lecturas sobre la Constitución española*, tomo I, Madrid, 1978, pp. 69 y ss.; VERGEZ: «El Derecho mercantil ante la Constitución española», en *Lecturas...*, cit., tomo II, pp. 493 y ss., en especial 496 y ss.; GARRORENA: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980, en especial pp. 57 y ss.; GIRÓN TENA: «Apuntes de Derecho Mercantil (introducción)», Madrid, 1981, pp. 96 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Reflexiones sobre la empresa pública española», en el volumen colectivo *La empresa pública española*, Madrid, 1980, pp. 49 y ss.; ESTEBAN-LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, tomo I, Barcelona, 1980, pp. 313 y ss. y 336 y ss. y otros. Todas estas referencias, sin perjuicio de su consulta directa para la elaboración de este trabajo, las tomo del libro de ESTEBAN VELASCO: *El poder de decisión...*, cit., páginas 616 y s., nota 150. De él está tomada también la adscripción que se hace de cada trabajo.

Por mi parte he de añadir dos trabajos más en esta última línea que corresponden también a dos mercantilistas que se han ocupado recientemente del tema. Me refiero al trabajo de A. MENÉNDEZ: *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid, lección inaugural del curso 1982-83, Madrid, 1982, trabajo respecto del cual se puede consultar también la *Recensión* que en el número 35 (1982), pp. 691 y ss. de la «REDA», le dedicó G. FERNÁNDEZ FARRERES, y al de V. SANTOS: «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978», en el volumen colectivo *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho, Zaragoza, 1983, pp. 359 y ss., en especial 381 y ss.

por su carácter en cierto modo excepcional, están tasadas y limitadas a los concretos supuestos del artículo 128.2, pero otras podrían consistir en el establecimiento o declaración de servicios públicos, no esenciales, diríamos, de forma que el Estado obtenga la titularidad, pero, más que eso, el control de ciertas actividades como pasa con muchos servicios públicos actuales, al margen de que su gestión pueda ser concedida como de hecho sucede hoy día, o con las posibilidades municipalizadoras previstas en la aún vigente Ley de Régimen Local y su Reglamento de Servicios. La objeción formulada por GARRIDO FALLA, a la que nos hemos referido más atrás, en el sentido de que estos servicios no esenciales, en los términos del artículo 128.2 de la Constitución, chocarían con el principio de libertad de empresa entiendo que no es un obstáculo insalvable y ello porque el precepto contenido en el artículo 38 de la Constitución debe ser interpretado sistemáticamente a la luz de todo el texto constitucional que garantiza, sí, institucionalmente, la libertad de empresa «pero no todos y cada uno de sus componentes», como afirma DE LA CUÉTARA, muy recientemente y para decirlo con sus propias palabras (104). El artículo 38 debe matizarse también a la luz de la cláusula del Estado social —supuesto que toda la Constitución es una norma jurídica, aunque, ciertamente, con distintos sentidos y alcance— y de los condicionamientos que lo enmarcan sin que en ningún caso se pueda atentar, desde luego, a su núcleo

(104) J. M. DE LA CUÉTARA: *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983, página 225. La cita completa es la siguiente: «Cuando la Constitución decidió proteger como derecho fundamental la libertad de empresa en el ámbito de la economía de mercado, utilizó la técnica de garantía institucional, que consiste en defender la institución en sí, pero no todos y cada uno de sus componentes posibles, que se consideran variables e intercambiables. Según esto, no puede considerarse que incurra en «inconstitucionalidad sobrevenida» la preexistencia de parcelas de la iniciativa económica en manos del poder público, siempre y cuando no lleguen a desvirtuar el significado del término "economía de mercado"». (op. cit., pp. 226-27).

El problema, en la práctica, es considerablemente más difícil que en el plano estrictamente teórico. Porque la cuestión está en cuándo —cuantitativa o cualitativamente— se desvirtúa el citado término. La única conclusión a la que se puede llegar, a mi juicio, es que no valen las apreciaciones apriorísticas, sino que ello dependerá de cada caso y de cada situación, lo que no es, desde luego, ninguna solución, pero resulta la única respuesta posible a la vista de lo que se ha venido diciendo: que la Constitución es un marco flexible, relativamente abierto y con una estructura, en este punto, dinámica. La tarea del Tribunal Constitucional cobra aquí un significativo papel a la hora de resolver conflictos que, en su esencia, son políticos, aunque resueltos según una metodología ajena al modo de decisión político. Sobre estos temas, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 1 (1981), pp. 35 y ss., en especial pp. 79 y ss. También en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 115 y ss.

garantizado, a su contenido esencial que «sólo impide que las condiciones creadas sean tales que anulen la existencia de unidades económicas que con un mínimo de libertad puedan mantener relaciones de intercambio a través del mercado» (105), es decir, que postula una pluralidad de actores económicos con capacidad de decisión (106), en cuyo marco pluralista caben distintos acentos a partir de la consideración de la Constitución económica no como un modelo absolutamente cerrado, tal y como se pretende desde una interpretación del texto constitucional centrada en exclusiva en el artículo 38, sino como un ámbito relativamente abierto —aunque no totalmente— en el que, como han destacado agudamente MORISÍ y ESTEBAN VELASCO, la «ambigüedad», fruto del tan denostado consenso, se transforma en clave interpretativa básica como consecuencia que es del compromiso entre puntos de partida, a veces divergentes, que convergen, de alguna manera, en la Constitución que es, como ha declarado el Tribunal Constitucional, «un marco de coincidencias suficientemente amplio», esto es, un cuadro de posibilidades siempre que no se afecte al contenido esencial de los derechos garantizados (107).

Ahora bien, esta interpretación a la que nos estamos refiriendo encuentra una dificultad, que también ha destacado GARRIDO FALLA y

(105) Vid. G. ESTEBAN VELASCO: *El poder de decisión...*, cit., p. 629. Véase también lo que se afirma al final de la nota anterior.

(106) Cfr. M. GARCÍA-Pelayo: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en el volumen colectivo *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho, Zaragoza, 1979, p. 42.

(107) Cfr. M. MORISÍ: «Aspectos esenciales de la relación entre el Estado y economía en una Constitución de la crisis», en el volumen colectivo dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980, p. 386; G. ESTEBAN: *El poder de decisión...*, cit., p. 619. En parecido sentido, también, T. R. FERNÁNDEZ: «Reflexiones sobre la empresa pública española», en el volumen colectivo *La empresa pública española*, IEF, Madrid, 1980, p. 54.

El carácter abierto de la Constitución lo ha destacado ya el propio Tribunal Constitucional, que, en su Sentencia de 8 de abril de 1981, en recurso de inconstitucionalidad sobre diversos preceptos del Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977, regulador del derecho de huelga, tuvo ocasión de decir: «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferentes signos (...). Corresponde por ello al legislador ordinario... confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsan, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales.» (El subrayado es mío.) Al tema me he referido en otra ocasión, al abordar un problema del todo distinto al que nos ocupa en este momento, en mi libro *Jueces y responsabilidad del Estado (el artículo 121 de la Constitución)*, Madrid, 1983, pp. 133 y ss., al analizar la amplitud de la ley de desarrollo del artículo 121 y los límites que la enmarcan, que vienen prefijados, en ese caso, por el criterio del principio de igualdad y el de la idoneidad.

que, a mi juicio, sí es un obstáculo importante. Esos servicios públicos no esenciales, no ubicables en el artículo 128.2, en los que sí cabría la gestión indirecta, en los que titularidad y gestión podrían disociarse a diferencia de los previstos en el citado artículo 128.2 que, recordemos, según esta tesis, exigirían una correlación directa entre ambas, esos servicios públicos no están previstos ni mencionados en la Constitución y la única posibilidad de su admisión circularía al margen de la propia literalidad de la misma, al amparo genérico de la cláusula del Estado social.

Vayamos ahora a la segunda tesis interpretativa del artículo 128.2, aquella para la que los únicos recursos o servicios públicos que pueden reservarse al sector público son los esenciales, aunque esta reserva no excluya la gestión indirecta. Declaración servicial, con o sin concesión, se identificaría así con nacionalización. La gestión directa sería una mera opción lo mismo que la gestión indirecta. Esta tesis, sustentada y defendida por GARRIDO FALLA no exactamente en los términos expuestos, aunque abocada a ellos, es sugestiva y, por las razones expuestas, parece ser más acorde con el tenor literal del artículo 128.2 y con la no previsión de esos otros posibles servicios públicos «no esenciales» en nuestro texto constitucional. Pero también tiene sus inconvenientes. El primero de ellos en el plano conceptual, pues no permite diferenciar netamente entre servicio público y nacionalización y establecer así una homologación terminológica que precise el contenido de conceptos que tienden a la ambivalencia en caso contrario. En segundo lugar, esta interpretación ampliatoria del artículo 128.2, en el sentido de que en él cabe la nacionalización, la gestión directa de un servicio público y la gestión indirecta, resulta, sin embargo, restrictiva hacia el futuro en relación con lo que parece ser una orientación conjunta de todo el texto constitucional que habría venido a abrir posibilidades de intervención y transformación social cuyo impulso corresponde a los poderes públicos y uno de cuyos instrumentos para lograr objetivos sociales es la configuración de servicios públicos, incluso en el ámbito económico. Por último, no deja de constituir una cierta contradicción con los puntos de partida de esta tesis el hecho de que por esta vía podría acabarse con la gestión indirecta que es simplemente una mera posibilidad, según ella, y ampliarse, por las razones que luego diremos, los supuestos de nacionalizaciones en sentido estricto. Sobre ello, volveremos más adelante. Ahora la pregunta

que hay que plantearse es ¿qué sucederá, según estas tesis, con los servicios públicos que vienen funcionando hasta el momento?, ¿qué posibilidades se abren hacia el futuro? En definitiva, ¿por qué tesis inclinarse y qué consecuencias ello conlleva?

Abordemos, brevemente, la situación de los sectores o recursos ya declarados como de servicio público, estén o no concedidos, y los supuestos de municipalizaciones con monopolio, a la luz de las dos interpretaciones expuesta del artículo 128. A mi juicio, se adopte una u otra tesis, la mayor parte de estos servicios públicos, por no decir todos, permanecerían en su situación actual sin que les afectara para nada la entrada en vigor de la Constitución. En efecto, si nos inclinamos por la tesis que interpreta restrictivamente al artículo 128.2, no habría problemas, pues, según este planteamiento, los servicios públicos podrían circular al margen del citado precepto, según vimos. Si acaso aquellos calificados como esenciales no podrían ser concedidos por ubicarse plenamente dentro del ámbito de aplicación del citado artículo 128.2, esto es, porque se exigiría la unificación de la titularidad y la gestión. Si, por el contrario, nos inclinamos por la tesis que postula una interpretación más amplia del artículo 128.2, viendo en él todos los supuestos posibles de asunción por el Estado de actividades que, de esta forma, quedan al margen de la iniciativa privada, sean servicios públicos concedidos o no, tampoco habría demasiados problemas. Y ello porque la mayor parte de los servicios públicos declarados como tales son, de hecho, en la práctica, servicios que sin excesivo esfuerzo, y al margen del criterio que se maneje hasta depurar el concepto, pueden calificarse de esenciales. Los ferrocarriles, las comunicaciones telefónicas, el suministro de electricidad, agua y gas, formalmente declarados servicios públicos, podrían considerarse servicios esenciales y supuesto que, según esta tesis que ahora consideramos, en el artículo 128.2 cabe la concesión, no tendría por qué haber problema ni cambio alguno necesariamente. Los servicios que no pudieran ser considerados esenciales —aun dando por supuesto que se trata de un término de gran vaguedad— quedarían fuera, pero el cambio respecto de su situación actual dependería, en última instancia, del alcance que se le diera en este punto a la cláusula derogatoria de la Constitución o a la llamada inconstitucionalidad sobrevenida en los términos en que es conocido se ha pronunciado ya el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones.

¿*Quid pro futuro?* Llegados a este punto, creo que es necesaria una aproximación sucesiva que, sin pretensiones agotadoras, podría formularse de la siguiente manera:

a) Partiendo de las premisas más atrás apuntadas y de una valoración de conjunto de los resultados de ambas tesis, entiendo más conforme al contexto constitucional la primera de las interpretaciones expuestas, es decir, aquella que ve en el artículo 128.2, estrictamente, los supuestos posibles de nacionalización en sentido restringido, que deben llevar aparejada la titularidad y la gestión y que suponen desplazar el problema de su concreción al debate acerca del carácter exigible a la «esencialidad» prevista en el repetido precepto. Habría que llegar, pues, a la conclusión de que caben, al margen del artículo 128.2, servicios públicos concedibles.

b) Es en esta última aseveración, en este último aspecto, donde, a mi modo de ver, presenta esta tesis su mayor vulnerabilidad, puesto que choca con la propia razón de ser de la llamada Constitución económica que una actividad pública que supone, en su planteamiento clásico, la eliminación de la iniciativa privada en un sector publicado no quede recogida y prevista en el texto constitucional, para posibilitarla o limitarla. Habría que optar, pues, según esto, por la otra tesis con la que se llega a resultados igualmente contradictorios porque, para ubicar hacia el futuro ciertos servicios públicos en el artículo 128.2, aunque luego fueran concedidos, habría que extender más allá de lo razonablemente posible el concepto de servicio *esencial*, lo que si por un lado permitiría acoger a todos los servicios públicos hoy formalmente declarados abriría también, contradictoriamente con los puntos de partida que subyacen en dicha tesis, un amplio por tillo no ya a la declaración servicial, sino a la nacionalización en sentido estricto de sectores enteros, como antes veíamos, más allá de lo que sería factible con una interpretación restrictiva de la nota de la esencialidad. Y por otra parte, si se interpreta restrictivamente la nota de la esencialidad y no se admiten servicios públicos al margen del artículo 128.2, el resultado es contradictorio con el paso adelante en la regulación de la vida económica que la Constitución pretende dar configurando un Estado social de Derecho. Y cuando digo que es contradictorio me refiero también, y, sobre todo, a la comparación con la situación inmediatamente anterior a la Constitución.

c) Si, pues, con todas sus eventuales carencias no se acepta la tesis apuntada en el apartado a) inmediatamente anterior, con mayor razón tampoco es sostenible plenamente la segunda tesis contrapuesta.

La posible salida es insinuada también por GARRIDO FALLA (108) al hablar de la revisión del concepto de servicio público y ha sido igualmente abordada en Italia como respuesta al reto planteado por el artículo 43 de su Constitución, en todo semejante a nuestro artículo 128.2. En síntesis, sin perjuicio de referirnos a ello más adelante con algún mayor detalle, la conclusión sería ésta: en los servicios públicos no nacionalizables, no «esenciales», lo que importa no es tanto la titularidad del Estado sino su control y la supervisión de la gestión, lo que algún autor ha denominado la nacionalización de la administración, independientemente de que estén gestionados por manos privadas y aun de que sean particulares sus titulares. El concepto subjetivo del servicio público da paso así a un concepto objetivo de aquél, con la particularidad de que su régimen se acercará y tenderá poco a poco a confundirse con el tradicionalmente reservado a los servicios públicos clásicos, subjetivos, de titularidad pública.

Esta revisión del concepto de servicio público; por emplear parte del título del trabajo de GARRIDO FALLA al que nos hemos venido refiriendo en estas páginas, debe ser, sin embargo, completa para afrontar el problema con cierta lógica. Ello quiere decir que si se admite el concepto objetivo de servicio público o, lo que es lo mismo, la ordinalización del sector considerado, el correlato que parece exigible para no confundir los conceptos y, sobre todo, los regímenes jurídicos, es que la interpretación que hayamos de dar del contenido y de los contornos del artículo 128.2 de la Constitución ha de diferenciarse plenamente de este nuevo concepto, diferenciación difícil de establecer si dentro del artículo 128 admitimos servicios públicos concedibles y gestionados por particulares. De manera que una conclusión se puede ir abriendo paso, conclusión que acercaría, con los matices expuestos, nuestro planteamiento a la primera tesis apuntada en la misma medida en que se separa de ella en lo menos convincente de la misma. Esa conclusión, ya se habrá advertido, es que, a nuestro juicio, el artículo 128.2 de la Constitución prevé, regula y limita los supuestos constitucional-

(108) F. GARRIDO FALLA: *El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público*, cit., p. 236. Si sólo el servicio público esencial, se viene a decir, justifica el monopolio (concedido o no) en el resto de los servicios al público, lo que habrá será reglamentación, no concesión.

mente posibles de nacionalizaciones en sentido estricto o, si se prefiere, de servicios públicos en los que se impone necesariamente la gestión directa para diferenciarlos de aquellos otros supuestos en los que la actividad resulta regulada y controlada por la Administración, aunque ésta no sea el titular de la misma. Quizá sea preciso, entonces, abandonar técnicas y figuras largo tiempo asentadas, pero que son tributarias del decurso histórico, cuando las circunstancias que dieron origen a su nacimiento han variado radicalmente. Una de estas figuras es la concesión, que surge a partir del prejuicio liberal respecto a las posibilidades y capacidades de la Administración pública en el ámbito económico e industrial, interponiendo técnicas empresariales ágiles entre la Administración y los particulares, representadas por las empresas concesionarias. Hoy la situación ha cambiado. La Administración pública tiene capacidad empresarial y así lo reconoce la propia Constitución. Puede crear empresas e intervenir en el mercado en pie de igualdad con los particulares. Pero si lo que quiere es la exclusión del mercado puede —y probablemente debe— asumir directamente la actividad en los supuestos constitucionalmente posibles, es decir, los previstos en el artículo 128.2 de la Constitución.

El prejuicio frente a la actividad empresarial del Estado no puede ser ya ideológico. Todos los Gobiernos de uno u otro signo mantienen, ciertamente con mayor o menor amplitud, un sector público cuyo volumen es de todas formas considerable. Y, además, en las condiciones actuales, es impensable que fuera de otra manera. Así pues, si superamos los mitos y los tópicos, el debate será más razonable y se centrará en los aspectos que más interesan y que en buena medida no son cuestiones jurídicas propiamente hablando: la oportunidad, la eficacia, la operatividad, la profesionalización, la tecnificación, la experiencia práctica real. El Estado gestionando directamente por el mero hecho de ser Estado —al margen ahora de otras consideraciones sociales y de interés público que, con todo, no deben abandonarse— no lo hace mejor, no es mejor empresario que un particular, pero tampoco a la inversa absoluta y necesariamente. Dependerá también de qué Estado, de qué Gobierno, de qué personas, de qué profesionales, de qué empresarios.

Pero si lo que se desea y se busca no es la exclusión del mercado, por razones de interés público, es decir, de todos, basta y probablemente sobra con las posibilidades de reglamentación, ordenación y control de actividades que, como ya ha sido destacado, acercarian es-

tos servicios públicos improprios u objetivos al régimen jurídico tradicional hasta ahora de los servicios públicos concedidos. El dogma del concesionario interpuesto ya no es necesario. Y esa reglamentación de sectores, a mi juicio, sí cabe y es posible en la Constitución a través de instrumentos legislativos y administrativos al margen del artículo 128.2. El sometimiento a control, autorización y regulación es ya una realidad en sectores y actividades no declarados servicio público. Así pues, por esta vía, nos acercamos de nuevo, con ciertos matices, a la primera interpretación más atrás apuntada porque la identidad o acercamiento de regímenes se va produciendo por encima de los nominalismos, lo que sin duda tendrá consecuencias prácticas de la mayor importancia. Llámese concesión o autorización, ambas están sometidas a control y dirección, que es lo que importa, pero entonces también *ambas* tendrán derecho —cosa que ahora no sucede en las actividades no formalmente declaradas servicio público— a todas las consecuencias eventualmente favorables.

El tema no está en absoluto cerrado y son de esperar líneas de penetración y profundización en esta problemática, por lo demás, sugestiva y cambiante, que ofrece al jurista el reto de la indagación de nuevos y enjundiosos problemas. Y problemas, además, prácticos y de no desdeñable importancia. A título de mero ejemplo, me voy a referir un momento, desde esta perspectiva del artículo 128.2 de la Constitución, a un tema que si no se engarza directamente a él sí lo hace de una manera colateral y que admite en este sentido un cierto enfoque crítico o al menos una reflexión. Me refiero al análisis del reciente asunto de la expropiación de Rumasa. Puede pensarse, en efecto, que materialmente se trata de la nacionalización de una empresa o grupo de empresas para la que se ha utilizado el expediente de la expropiación forzosa que prevé el artículo 33.3 de la Constitución, adoptando la fórmula de una expropiación legislativa, al aplicar al caso una nueva normativa específica, en parte paralela a la de la Ley de Expropiación Forzosa vigente. Si se entiende exclusivamente por nacionalización la asunción por el Estado de sectores enteros de actividades, el punto de partida del razonamiento estaría ya de entrada viciado (109). Pero entiendo que se puede defender, al menos conceptual-

(109) En este sentido, por ejemplo, G. ARIÑO, aludiendo al artículo 128.2 de la Constitución, afirma que las reservas que en él se prevén «afectan siempre al sector en su conjunto, no a empresas aisladas» («La empresa pública», en el volumen colectivo dirigido por F. GARRIDO: *El modelo económico en la Constitución*, tomo II, cit., p. 102). No obstante, conceptualmente, parece que se acepta

mente —otra cosa serán las limitaciones del ordenamiento—, un concepto de nacionalización que no se centre en el criterio cuantitativo, sino en las notas antes apuntadas de titularidad y gestión públicas —dejando ahora al margen, porque nada tiene que ver, el reconocimiento de la iniciativa pública en la economía, puesto que ésta se produce *ex novo* y en las condiciones del mercado (110)—, y en ese sentido sí se podría hablar de nacionalización (111). Pues bien, con independencia de la corrección o incorrección constitucional del uso del decreto-ley para realizar dicha expropiación, tema que queda a nuestros efectos marginado, la cuestión es si esta nacionalización se puede ubicar en el artículo 128.2 que es donde están previstos los supuestos posibles de nacionalizaciones, según vimos, y que sólo admite la intervención de empresas, pero no su nacionalización, salvo que se trate de «servicios esenciales». El problema fundamental que plantea el caso no estaría entonces en la discusión acerca del artículo 33 y, ni siquiera, con ser importante, en la legitimidad del instrumento normativo empleado. El problema está, precisamente, en el alcance del artículo 128.2 de la Constitución si se entiende, como se suele entender, que es allí donde se prevén los supuestos constitucionalmente posibles de nacionalizaciones. Porque la expropiación forzosa es sólo un medio, el ins-

dentro del concepto de nacionalización la asunción por el Estado de empresas aisladas. Así, este mismo autor afirma que «la nacionalización es aquella operación mediante la cual la propiedad de unos bienes o un determinado tipo de bienes o factores de producción, o una empresa o un grupo de empresas se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla a la dirección capitalista». (*Sobre la asunción de actividades y bienes por el Estado*, prólogo al libro de J. M. DE LA CUÉTARA: *La actividad de la Administración*, cit., p. 17. El subrayado es mío.) Ello se debe también a la no diferenciación entre nacionalización y expropiación, diferenciación que este autor niega tajantemente: «Siendo la nacionalización, por definición, una transferencia de titularidad de empresas o bienes, resulta evidente su cercanía, aproximación o identidad con la expropiación forzosa.» (*Sobre la asunción...*, cit., p. 21.) Y en relación con las posibilidades que se derivan del texto constitucional, después de afirmar que las reservas previstas en el artículo 128.2 deben referirse a sectores enteros «no a empresas aisladas», continúa diciendo: «La expropiación de éstas por razones de utilidad pública o interés social —declarada legalmente— siempre es posible (art. 33 de la Constitución y Ley de Expropiación Forzosa), tanto si pertenece como si no a sectores reservados» (*La empresa pública*, op. cit., pp. 102 y s.).

(110) En el mismo sentido de que nada tiene que ver la nacionalización con el reconocimiento de la iniciativa pública a que hace referencia el inciso primero del párrafo segundo del artículo 128 de la Constitución, G. ARIÑO: *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 9 (1983), p. 29, nota 22.

(111) Admiten claramente dentro del concepto de nacionalización una operación referida a empresas aisladas, J. RIVERO: *Le régime juridique des nationalisations*, Paris, 1948, p. 1, e igualmente R. MARTÍN MATEO: *Ordenación del sector público en España*, Madrid, 1973, p. 76.

trumento que opera el traspaso, pero este instrumento se genera en una causa y supone un fin, una afectación, un destino posterior al que se vincula el bien expropiado y que está en la esencia del instituto de la reversión. Los únicos supuestos en los que esa afectación, destino o fin quedaría, quizá, excluido serían el caso de las expropiaciones-sanción, correlativas a un deber previo, y el ejemplo típico de las nacionalizaciones, pero éstas tienen que estar cubiertas constitucionalmente (112). La cuestión es, entonces, discernir en este caso concreto cuál es ese destino y si puede entenderse por tal el mero traspaso de la propiedad, supuesta la cobertura causal de la utilidad pública en la norma que opera el traspaso. Si, eventualmente, se concluyera con una respuesta negativa y si tampoco estamos en presencia de un recurso o servicio esencial en el sentido del citado artículo 128.2, la conclusión a la que habría que llegar sería la de que únicamente cabe una intervención de empresas en el sentido del inciso final del mismo artículo 128.2. El debate queda, así, desplazado y el centro de atención se dirigiría a saber cuáles son los contornos conceptuales de esa intervención, si necesariamente habría que haber aplicado las leyes de 1 de septiembre y 24 de noviembre de 1939 y el artículo 111 de la Ley del Patrimonio del Estado o si, paralelamente, cabe la intervención utilizando el traspaso, siquiera provisional, de la propiedad, de la titularidad. Y sólo al final de este razonamiento, en el hipotético caso de que en los límites de la intervención, que no

(112) A propósito de la *causa expropriandi*, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirman: «Lo primero que hay que notar es que el fin de la expropiación no es la mera "privación" en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia (...). La expropiación está siempre en función de una transformación posterior de los bienes objeto de la misma, transformación que no es preciso que sea material (obras, típicamente), que incluso puede bastar simplemente con que sea jurídica (sustitución de un propietario por otro: nacionalización o municipalización de empresas, expropiación-sanción, también supuestos típicos) (...). En virtud de esta nota, la expropiación forzosa se nos presenta como un instrumento y no como un fin». (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1981, p. 212).

No obstante, esa transformación simplemente jurídica tiene que estar prevista constitucionalmente y no puede ser una norma en blanco. Por lo que se refiere a la expropiación-sanción, la cobertura está en el propio artículo 33.3 de la Constitución que una ley debe concretar en el sentido de imponer deberes concretos con la intimación expresa de la expropiación en caso de incumplimiento (cfr. también el citado *Curso...*, tomo II, pp. 301 y s.). Las posibilidades nacionalizadoras, por su parte, son datos fundamentales de la Constitución económica, tanto si se entiende que nacionalización y expropiación sea la misma cosa como si se distingue entre ellas, ya que entiendo que en este punto no es posible una cláusula absolutamente abierta a partir de las premisas del sistema.

define el texto constitucional, se pudiera ubicar la operación efectuada por el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, sólo entonces resurgiría el tema aparcado del instrumento normativo empleado, en los términos en los que se ha planteado la polémica, es decir, si es o no correcto utilizar el decreto-ley para una operación de este porte (112 bis). La cuestión es polémica, con todo, y no es mi intención en estas breves líneas apurar los argumentos, que sin duda los hay, en las dos direcciones posibles, sino únicamente traer a colación un ejemplo ilustrativo de la realidad inmediata para verificar las proyecciones prácticas de toda construcción dogmática, proyecciones, además, que nunca son lineales ni operan siempre en el mismo sentido, porque no se trata de trabajos forenses, y cuyas aparentes contradicciones se han podido comprobar a veces —y no es cuestión ahora de poner ningún ejemplo concreto— al comparar los efectos posteriores de algunos trabajos pensados para ciertas circunstancias o en función de datos apriorísticos cuando éstos o aquéllas han cambiado. Quedan fuera, de todas formas, en esta reflexión, otras connotaciones que también son evidentes, pero que en este momento permanecen ajenas a nuestro razonamiento, esbozado como un supuesto teórico.

En cualquier caso, como antes he apuntado, el artículo 128.2 de la Constitución española tiene una gran similitud con el artículo 43 de la Constitución italiana que reza así: «*Con fines de utilidad pública la ley puede reservar originariamente o transferir mediante expropiación, y con indemnización, al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o monopolios y que tengan carácter de preeminente interés general.*»

Este precepto ha dado pie en la doctrina italiana a configurar un concepto objetivo de servicio público, para justificar el intervencionismo, la ordinamentalización y el control de ciertos sectores y actividades que, al no ser esenciales en el sentido de la Constitución, no podían ser asumidas *ex* artículo 43 por el Estado en su titularidad, tanto si se interpreta que esta asunción implica también la gestión directa como si se opina que se trata de asunciones que no prejuzgan la eventual concesión de la gestión.

(112 bis) La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983, que resuelve el caso, enfoca el problema, básicamente, en esta última dirección, sin plantearse otras cuestiones de fondo como las apuntadas o como la difícil problemática de la ley singular, todas ellas posibles.

El tema había sido ya abordado con anterioridad ante la existencia de actividades privadas de interés público sujetas a una intensa regulación, habiéndose llegado a calificar dicha intervención como un control sobre los llamados servicios públicos impropios (113) en los que importaría la actividad y no el sujeto y que se caracterizarían por el destino al público de la actividad privada sin distinción de personas, la obligación de la prestación, y la previa autorización administrativa, que implica control, vigilancia y fijación de precios. GIANNINI, en 1949 (114), calificaría este tipo de actividades como servicios de interés público, concepto este más amplio en la medida en que comprende las actividades privadas y las llevadas a cabo por los entes públicos en régimen de concurrencia, al mismo tiempo que no presupone que la actividad haya de prestarse a quien la solicita. Estas tesis, singularmente la última, hallarían eco en España y una parte de la doctrina aplicó estos criterios para referirse a la autorización industrial (115), la licencia de taxis (116) y otros modos de intervención o tipos de gestión económica (117), en la medida en que no podían calificarse de servicios públicos *stricto sensu* actividades dejadas al juego del ámbito privado a pesar del intervencionismo existente.

Pues bien, la crisis del concepto subjetivo de servicio público, ratificada en Francia tras el *arrêt* Montpeurt, hace surgir en Italia, sobre la base de los artículos 41 y 43 de la Constitución, el concepto objetivo de servicio público (118). Este mismo concepto objetivo se va a utilizar también entre nosotros para justificar el intervencionismo público en actividades privadas que sí están declaradas como servicios públicos en alguno de los textos legales y no por ello el Estado

(113) Arnaldo DE VALLES: *I servizi pubblici*, Milán, 1924 (utilizo una separata, *estratto*, que en realidad es un libro de más de 250 páginas, del lugar donde se publicó este trabajo, el *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. E. ORLANDO, volumen VI, parte D. Sobre los servicios públicos impropios y sus caracteres, pp. 253 y ss. de la separata. También del propio DE VALLES: *Concessioni di servizi pubblici e autorizzazioni di servizi pubblici impropri*, en «Rivista di Diritto finanziario», citado por J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa...*, cit., p. 261.

(114) M. S. GIANNINI: *Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico*, en «Moneta e Credito», V, 1949, cit. por VILLAR: *La intervención...*, cit., p. 284.

(115) J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención...*, cit., pp. 257 y ss.

(116) R. ENTRENA CUESTA: *El servicio de taxis*, en el número 27 de esta REVISTA (1958), pp. 29 y ss., en especial p. 40, donde, después de rechazar el carácter de servicio virtual o impropio de los taxis, propone que sean considerados como un servicio de interés público.

(117) J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Aspectos de la Administración económica*, en el número 12 de esta REVISTA (1953), pp. 11 y ss.

(118) Sobre todo, U. POTOTSCHNIG: *I pubblico servizi*, Padova, 1964.

asume la titularidad monopolística de los mismos. Por ejemplo, el sector educativo, que la vigente Ley General de Educación de 1970 califica de servicio público: «La educación, a todos los efectos, tendrá la consideración de *servicio público fundamental*», reza el artículo 3.º de esa ley. ¿Cómo se comprende dicha declaración si es algo más que un *flatus vocis*? ¿Cómo se compagina con la existencia de centros privados que vienen a representar que la actividad no ha sido estatalizada, ni son concesiones en el sentido clásico? La respuesta, para algún autor, está precisamente en este concepto objetivo de servicio público (119). Citando a POTOTSCHNING se dirá: «existen servicios públicos esenciales dejados a la iniciativa privada, cuya titularidad no puede adquirir el Estado en cualquier momento, publicando la actividad. Y servicios públicos —diríamos no esenciales— cuya titularidad no puede asumir el Estado, porque ello sería anticonstitucional, debiendo limitarse a establecer programas y controles para dirigir la actividad privada y asegurar la consecución de su finalidad social. Esta actividad privada controlada y programada por la Administración es, pues, de servicio público. Lo relevante para calificar una actividad tal, no es ya la asunción de su titularidad por el Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación y al control y dirección de la Administración pública. Este régimen de las actividades privadas es, por lo demás, sustancialmente idéntico al de la actividad clásica de servicio público desarrollado por los concesionarios, por lo que no existe ninguna razón para calificarlos de forma distinta» (120). El tema presenta, de esta forma, aspectos que distorsionan algunas ideas previas respecto del concepto tradicional de servicio público. Se comprende así que en las recientes discusiones del proyecto de Ley de Autonomía Universitaria se presentara este aspecto de la calificación de las Universidades como servicio público como uno de los temas conflictivos, objeto de enmiendas y discusiones, en cuyo fondo estaba la problemática de las Universidades privadas. Y ello, sin duda, porque se estaba pensando en el concepto clásico, subjetivo y orgánico del servicio público.

(119) Véase, en general, R. GÓMEZ-FERRER: *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, cit. También sobre la educación como servicio público, J. L. VILLAR EZCURRA: *El derecho a la educación como servicio público*, en el número 88 de esta REVISTA (1979), pp. 155 y ss. Y más recientemente, en la línea del texto, A. EMBID IRUJO: *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1983, pp. 335 y ss., destacando, no obstante, el carácter de «islate aislado» del artículo 3.º de la Ley General de Educación de 1970.

(120) R. GÓMEZ-FERRER: *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, cit., p. 26.

El artículo 43 de la Constitución italiana acaso pueda, entonces, servir para interpretar el artículo 128 de nuestra Constitución que tiene en aquel precepto un claro antecedente. Una de las posibles consecuencias sería la interpretación que, por motivos diversos, hace G. FERNÁNDEZ FARRERES (121) del citado precepto, esto es, que la reserva al sector público de los servicios esenciales supone la de su titularidad y su gestión; es decir, que se trata de la noción de nacionalización en el sentido más atrás apuntado por este mismo autor. El problema apunta, entonces, a la identificación y fijación del concepto de «servicios esenciales», como ha señalado BASSOLS COMA y el propio FERNÁNDEZ FARRERES (122).

El tema no se ha planteado frontalmente, pero ocasión ha habido para ello al discutirse en el Tribunal Constitucional el problema de la televisión privada, primero en la Sentencia de 31 de marzo de 1982 y luego en otras dos de 7 y 20 de diciembre del mismo año. En la primera de estas Sentencias del Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de afirmar: «El artículo 1.º-2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, consagra el principio de que la radiodifusión y la televisión son 'servicios públicos esenciales', cuya titularidad corresponde al Estado. La consideración de la televisión como un servicio público esencial la fundamenta el legislador en la concepción que al respecto mantiene y que manifiesta paladinamente en el preámbulo de dicha ley. Se dice allí que tanto la televisión como la radiodifusión son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad e igualdad sean efectivas. Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador.»

«Si partimos de la consideración —sigue diciendo el Tribunal Constitucional— de que la calificación de la televisión como servicio pú-

(121) G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Libertad de empresa...*, cit., p. 223.

(122) M. BASSOLS COMA: *Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, en el número 84 de esta REVISTA (1977), página 48. En este trabajo se puede seguir una evolución del concepto de servicio público. (pp. 31 y ss.), destacando, en las páginas 42 y siguientes, los intentos de superación de la indeterminación y estancamiento del concepto que han llevado a cabo los autores italianos que hemos señalado más atrás.

Sobre la indeterminación del concepto de «servicio esencial», también FERNÁNDEZ FARRERES: *Libertad de empresa...*, cit., pp. 224 y s.

blico, que consagra el artículo 1.º de la Ley 4/1980, no está cuestionada, hay que preguntarse si se puede decir lo mismo de la atribución de la gestión directa del servicio público a un ente público, que es, sin duda, el punto neurálgico de este asunto, pero hay que advertir desde ahora que por esta vía no nos sería a nosotros posible satisfacer la pretensión de amparo a la Sociedad "Antena 3, S. A.", ya que adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo legislativo que este Tribunal no puede suplir.»

El problema, que el Tribunal apunta, pero no entra a discutir al dar por sentado que cabe la gestión indirecta siempre que el legislador así lo determine, consiste, a mi juicio, en la valoración que haya de darse a la calificación del artículo 1.º-2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el Estatuto de Radiodifusión y Televisión, y según el cual «la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado». ¿En qué sentido se está empleado aquí la expresión «servicios públicos esenciales»? En el supuesto de que la referencia no apele al artículo 128.2 de la Constitución la gestión del servicio podría ser directa pero también indirecta a través de la correspondiente concesión, como ya sucede, en parte, con la radiodifusión, lo que implica aceptar la tesis de que pueden existir servicios públicos al margen del citado precepto constitucional, pues desde la segunda de las tesis expuestas la misma posibilidad de servicios públicos al margen del artículo 128 queda vedada. Pero si el artículo 1.º-2 del Estatuto es ubicable, a estos efectos, en el artículo 128.2 de la Constitución las consecuencias antes apuntadas en orden a la valoración e interpretación del repetido artículo se muestran divergentes. Si suponemos, con la primera de las tesis interpretativas manejadas, que en este precepto constitucional titularidad y gestión deben ir unidas, no cabría la gestión indirecta, con lo que no sólo no sería posible la concesión de canales privados de televisión, sino que, dada la amplitud del citado artículo 1.º-2, de la Ley 4/1980, tampoco cabrían concesiones de emisoras privadas de radiodifusión, en contra de la situación fáctica actual. Por el contrario, con la segunda de las tesis expuestas, dado que el artículo 128.2 de la Constitución no exige, según esta interpretación, la gestión directa, nada impediría la concesión de canales privados de televisión, como ya sucede con la radiodifusión. Así parece apuntarlo, sin entrar demasiado en el tema, el Tribunal Constitucional.

Queda, pues, por aclarar si existen posibilidades de una televisión privada partiendo conceptualmente de la primera tesis, según la cual, repitámoslo una vez más, titularidad y gestión deben ir unidas en los servicios previstos en el artículo 128.2, y supuesto que el artículo 1.º-2 del Estatuto de la radiodifusión y televisión apela a este precepto constitucional.

Es necesario afirmar, como dato previo, que el artículo 128.2 de la Constitución, esto es, la reserva al sector público de servicios esenciales, no es posible aplicarlo a las libertades públicas constitucionalmente garantizadas y más en concreto a las que gozan de una protección jurisdiccional reforzada. Teniendo en cuenta esta aseveración que, aunque hecha de pasada, es fundamental, las posibilidades de una televisión privada serían las siguientes, desde la tesis que ahora nos ocupa. En primer lugar, como ya he dicho, a través de las concesiones, como sucede en la radiodifusión, pero para ello es necesario desvincular al Estatuto de la Radiodifusión, y más en concreto a su artículo 1.º-2, del artículo 128 de la Constitución, entendiendo que la expresión servicios públicos esenciales no se refiere a este precepto constitucional, lo que supone aceptar la existencia de servicios públicos al margen de él. En segundo lugar —y ya relacionando el artículo 1.º-2 del Estatuto con el artículo 128 de la norma fundamental—, entender inconstitucional el repetido artículo 1.º-2 del Estatuto, pero para ello, dados los términos del artículo 128.2, habría que vincular estrechamente la televisión al ejercicio de un derecho fundamental, en concreto, el artículo 20 de la Constitución y no sólo a la libertad de empresa, tema este sometido a polémica doctrinal e incluso jurisprudencial. No debe olvidarse, en efecto, que al plantear la vía judicial previa para acudir al amparo constitucional en los tres casos citados, el Tribunal Supremo entendió inicialmente que no era de aplicación la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, reguladora de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, por no tratarse de un derecho acogido a dicha ley, aunque luego el Tribunal Constitucional admitiera a trámite los recursos, entendiendo cumplida la exigencia de agotar la vía previa, por no ser clara ni evidente la exclusión y plantearse el tema de la conexión entre el artículo 20 y el 38 de la Constitución (123). Queda, finalmente, la opción legislativa, por

(123) El tema, no obstante, es discutido. Información sobre distintas posturas y argumentos en la polémica acerca de si la libertad de expresión incluye o no la libertad de creación de empresas informativas y las pautas que comienzan a deducirse de la jurisprudencia, se puede hallar en el trabajo de F. LÓPEZ RAMÓN:

la que se pronuncia el Tribunal Constitucional, opción que podría significar la derogación del Estatuto de la Radiotelevisión en el punto concreto de la declaración servicial o, sencillamente, como en el caso de la educación, que podría entender que la declaración de la radiotelevisión como servicio público no esencial, diríamos, es una apelación a un servicio público de carácter no subjetivo, sino objetivo que supone e implica no ya una concesión sino una mera ordinamentalización del sector, sometido a control, policía y autorización, en la línea con lo que se ha sostenido más atrás en orden a la delimitación del concepto de servicio público (124).

Obviamente, no es mi intención tampoco adentrarme más profundamente en esta problemática de la televisión que, sin duda, tiene ricos matices que no nos es posible abordar en este trabajo. En el ejemplo citado coinciden elementos de otro tipo y es posible una

La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978, en «REDA», núm. 34 (1982), pp. 383 y ss., en especial pp. 399 y ss. Con anterioridad a la Constitución y en relación con la prensa —aunque el tema no es trasladable sin algún matiz a la televisión—, Javier SALAS era categórico: «En materia de prensa, no puede desligarse la libertad de expresión de la libertad de empresa (periodística o editorial), dado que, en gran parte, el contenido de ésta viene a ser, precisamente, el ejercicio de aquélla. Ciertamente —continuaba este autor—, la distinción que entre nosotros se hace de ambas libertades en el campo que estamos estudiando no puede ser más original, y, desde luego, es completamente desconocida en el panorama del Derecho Comparado, donde ambas libertades coinciden. De ahí que se hable únicamente de libertad de prensa.» Las limitaciones administrativas que afectan a la libertad de empresa afectan también, terminará diciendo, de uno u otro modo a la libertad de expresión. Cfr. su libro *Registros de empresas periodísticas y editoriales*, Sevilla, 1975, pág. 35.

En términos más matizados, pero en la misma línea, F. SAINZ MORENO: *La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 2 (1981), pp. 159 y ss., en especial pp. 207 y ss., donde se vincula la «pluralidad externa» (libertad de empresas emisoras) a la libertad de expresión e información, con las matizaciones derivadas de condicionamientos técnicos o económicos, al tiempo que se pasa revista a la situación en Italia y Alemania a partir de diversas sentencias de sus tribunales constitucionales.

Aunque con anterioridad a la Constitución, pero referido a la televisión, T. DE LA QUADRA afirmaba, en 1976, que «el ejercicio en exclusiva por el Estado de la actividad televisiva sigue sin encontrar amparo legal..., salvo en el ámbito nacional» (*El servicio público de la televisión*, Madrid, 1976, p. 157. Y en línea más o menos semejante, ya con posterioridad a la Constitución y al Estatuto, S. VARELA: *Constitución, monopolio público y televisión*, en «Revista del Departamento de Derecho Político», UNED, núm. 6 (1980), pp. 37 y ss., con referencias también a la situación y al debate en Italia y Alemania.

(124) Cfr. sobre la televisión, además de las referencias incluidas en la nota anterior, F. GONZÁLEZ NAVARRO: *Televisión pública y televisión privada*, Madrid, 1982, con planteamientos en parte coincidentes con las posibilidades sugeridas en el texto, aunque también discrepantes en otros puntos de partida. Cfr. igualmente la *Recensión* crítica a este libro de F. LÓPEZ RAMÓN, en «REDA», núm. 37 (1983) páginas 306 y ss.

interpretación desde otras coordenadas, pero me parecía significativo en orden a los problemas que hoy presenta de nuevo el concepto clásico de servicio público y las líneas de su eventual evolución (125).

Hay todavía una nueva línea de problemas. Si el artículo 128, en hipótesis, supone la asunción por el Estado de un servicio esencial, nacionalizándolo, esto es, asumiendo su titularidad y su gestión, se plantea el problema de las diferencias entre la declaración de un sector como servicio público (no esencial, podemos decir, con la posibilidad de su concesión) y la ordinamentalización de una actividad, de forma tal que suponga un control y, en su caso, una exclusión de hecho a la libertad de instalación, semejante en la práctica a la declaración de la actividad como servicio público en el sentido tradicional. Y, sin embargo, las consecuencias hoy son totalmente diversas. Si se acepta el criterio de los servicios públicos objetivos se tendrá que apuntar a un acercamiento de regímenes «sustancialmente idénticos al de la actividad clásica de servicio público desarrollada por los concesionarios» (126) y no sólo en los aspectos que suponen un control, sino también, lo que es más importante, en las connotaciones eventualmente favorables, como vamos a ver.

El tema de la fijación de tarifas, por ejemplo, incide sobre el concesionario de un servicio y sobre el particular cuyos productos quedan tasados imperativamente por la Administración. «Y, sin embargo, el primero ve garantizada su economía automáticamente y en virtud del principio de equilibrio (...), la alteración financiera ocasionada por la modificación del precio o tarifa se restablece mediante el otorgamien-

(125) El concepto de servicio público o el mismo de servicios esenciales juega, además, en otros campos con significados distintos que cooperan a su ambivalencia. Por ejemplo, el concepto de servicios esenciales hace referencia también a la huelga en el artículo 27 de la Constitución, el de servicio público se identifica casi con el de servicios al público, etc.

Un trabajo como éste no puede, sin embargo, ir mucho más allá y ofrecer un elenco cerrado de posibilidades, entre otras razones porque ese elenco se irá poco a poco decantando con las diversas aportaciones de nuestra ciencia en unos momentos en los que, de algún modo, se observa la transformación de algunos de sus postulados. Ahora bien, tampoco era cuestión de escamotear los problemas y había que asumir, hacia adelante, el riesgo de la contradicción, porque toda esta problemática es dinámica y en tiempos cambiantes difícilmente acotable de un modo excesivamente cerrado y dogmático. Y a partir de ese riesgo contradictorio tratar de asumir también cierta lógica por más que ello, en la exposición de los problemas, puede chocar con ciertas ideas al uso o líneas divisorias rígidas.

(126) R. GÓMEZ-FERRER: *El régimen general...*, cit., p. 26.

to de la correspondiente subvención» (127), mientras que el segundo —aparte presiones o convenios— sólo posee la vía de la responsabilidad para lograr resarcirse, vía que halla un obstáculo decisivo en la exigencia de lesión, esto es, de un daño antijurídico, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina (128). Y ello aunque se hayan producido en la práctica, de manera excepcional, subvenciones cuasi indemnizatorias a los particulares afectados por la variación de precios (129) cuya legalidad es, incluso, cuestionable.

Pero no es sólo el tema del equilibrio económico-financiero el que está presente. Otras consecuencias institucionales se pueden destacar sin necesidad de salirnos del campo propio de la responsabilidad. J. SALAS, al estudiar el régimen de la energía eléctrica, destaca cómo una de las fases del ciclo está declarada servicio público y no las restantes, y, a este respecto, dirá: «los daños producidos por instalaciones de producción o transporte de electricidad —en conexión con actividades industriales que no están declaradas como servicio público— deben reclamarse de la empresa correspondiente ante la jurisdicción civil. Por el contrario, los daños causados por instalaciones de suministro de electricidad propiamente dichas —ligadas a una actividad calificada formalmente como servicio público— deben reclamarse, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 123 de la LEF, ante la Administración, a la que corresponderá determinar, aparte de la procedencia de la indemnización, *quién* ha de satisfacerla: la empresa suministradora, el instalador, el fabricante del aparato receptor o la propia Administración (en el supuesto contemplado en la segunda parte del

(127) G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Potestad tarifaria y equilibrio económico-financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones locales*, en el número 87 de esta REVISTA (1978), pp. 373 y ss. La cita en página 393, por nota. Vid. también G. ARIÑO: *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, 1976, en especial pp. 73 y ss.

FERNÁNDEZ FARRERES añadirá a continuación: «Situación a todas luces privilegiada, máxime si observamos el desigual trato que se sigue para con aquellas actividades de indudable interés público, que, sin embargo, no han alcanzado la fortuna de ser declaradas servicios públicos.»

(128) Cfr. por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 2.^a ed., Madrid, 1981, pp. 337 y ss. En un supuesto concreto de fijación de precios, y en el mismo sentido de la exigencia de lesión, J. SALAS: *Ordenación de precios y responsabilidad administrativa*, en «REDA», número 2 (1974), pp. 227 y ss. En contra, G. ARIÑO: *Las tarifas...*, cit., pp. 92 y siguientes. Sobre el tema, en general, recogiendo la polémica, J. TORNOS: *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia, 1982, pp. 437 y ss.

(129) Vid. J. SALAS: *Ordenación de precios...*, cit., pp. 231 y ss.

párrafo 2 del artículo 121 de la LEF)» (130). La declaración formal supone asumir todo un determinado régimen, en este caso resarcitorio, que no es el mismo que el de aquellas fases del ciclo no formalmente declaradas servicio público y que, sin embargo, son las que potencialmente pueden producir más daños. Lo mismo cabría decir del rescate y de otras posibles incidencias jurídicas (131), consecuencia de la adopción o no de fórmulas distintas que suponen, no obstante, un sometimiento semejante si no idéntico a los controles y normativas de la Administración.

El tema, como es obvio, presenta perfiles diferentes en cada caso. Si una línea de solución, en el supuesto de las tarifas y fijación de precios, apunta a reconducir el problema a un marco de relaciones especiales o a un marco ordinamental que, si queda roto, implicaría la admisión de la responsabilidad, lo que, en la práctica, supondría venir a admitir el principio del equilibrio económico-financiero para los no concesionarios, otra posible vía está en la traslación completa del concepto de servicio público objetivo. Las consecuencias son totalmente diversas. Supondría un acercamiento de regímenes entre los sectores ordinamentalizados. Pero un acercamiento de regímenes completo. Las eventuales consecuencias serían de tal envergadura que trastocarían conceptos y pilares firmemente asentados durante mucho tiempo, pero acaso sólo se trataría del reverso de la medalla de la configuración del Estado contemporáneo como un Estado ordenador, configurador y diseñador de la economía, en cuyo juego no sólo es el que fija las reglas, el campo y el arbitraje, sino que se ha convertido también, de hecho y por diversas vías, en un jugador más. Y además, en un jugador aventajado, como garantía del propio mantenimiento de ese juego económico.

(130) J. SALAS: *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Bologna, 1977, p. 148. Véase también la sugerente *Recensión* de G. FERNÁNDEZ FARRERES al citado libro, insistiendo en estos temas (núm. 85 de esta REVISTA, 1978, páginas 455-462).

Sobre la responsabilidad del concesionario de servicios públicos, en general, véase la bibliografía incluida en mi *Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., en especial, pp. 324 y ss.

(131) *Recensión* de G. FERNÁNDEZ FARRERES al libro citado de J. SALAS, cit., páginas 459 y 461.

9. CONCLUSIÓN. LOS RESTOS DEL NAUFRAGIO: LA IDEA DEL FIN COMO CRITERIO BÁSICO

Hemos tratado de analizar la ambivalencia del concepto de servicio público aprovechando la oportunidad para realizar también algunas reflexiones sobre temas más o menos directamente relacionados con él. Hemos visto cómo la llamada crisis de la teoría del servicio público desata toda una amplia problemática ajena a aquella primitiva idea de DUGUIT y luego de JÈZE de configurarlo como una actividad de interés general satisfecha de un modo regular y continuo por la Administración a través de un procedimiento especial. La realidad ha desbordado el marco inicial. Por de pronto, se empieza a cuestionar la separación rígida entre Derecho público y Derecho privado. En 1952 Jean RIVERO decía que el entrecruzamiento de técnicas de Derecho público y de Derecho privado «no hace sino traducir al plano jurídico el fin del liberalismo y la confusión, en el terreno económico, de actividades públicas y privadas que hace inútil toda búsqueda tendente a restaurar zonas exclusivamente reservadas a cada disciplina» (132). CH. EISENMANN termina su conocido trabajo de crítica a VEDEL, *La théorie des bases constitutionnelles du Droit administratif* (133), diciendo que la definición del Derecho administrativo toma como base y marco la noción de Administración, «es decir, que se extiende a todas las actividades y actos de esta Administración, tanto a las que proceden de un régimen de Derecho privado, como a las que se aplica el Derecho administrativo autónomo» (134). En parecido sentido se pronuncia Prosper WEIL, y M. BULLINGER se orienta también en la misma dirección de superación de la dicotomía fundamental entre el Derecho público y el privado (135). Entre nosotros, en 1960, S. MARTÍN-RETORTILLO escribía: «la primera y más urgente tarea que a la ciencia

(132) Véase *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit Administratif*, hoy en *Pages de doctrine*, tomo II, cit., en concreto, p. 67.

(133) Publicado en «Revue de Droit Public», 1972, pp. 1345 y ss.

(134) *La théorie...*, cit., p. 1422.

(135) Prosper WEIL señala que es preciso distinguir un «Derecho Administrativo *lato sensu* —todo el Derecho aplicable a la Administración— del Derecho Administrativo *stricto sensu* —la parte de este Derecho que es autónoma y especial» (*El Derecho Administrativo*, cit., p. 32. Véanse también las páginas 74 y ss.). La referencia a M. BULLINGER es de *Derecho Público y Derecho Privado*, Madrid, 1976.

Cfr. también R. SAVATIER: *Du Droit civil au Droit public*, 1945, citado por A. DE LABAUDÈRE: *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 6.ª ed., París, 1973, p. 37. Y del propio Ch. EISENMANN: *Droit Public, Droit Privé* en «Revue de Droit Public», 1952, pp. 903 y ss.

del Derecho se le presenta es su adecuación dinámica a la realidad social a la que en definitiva sirve; y ello sin ningún prejuicio por abandonar posible fórmulas y esquemas, cuando se presentan ya como inservibles. En tal tarea, y en afirmar la unidad misma del Ordenamiento jurídico, juega un papel de primer orden el hecho de resaltar la confluencia de los dos sistemas, el público y el privado» (136). La ruptura de moldes que estas ideas significan seguramente tardarán en plasmarse en fórmulas concretas de Derecho positivo pero, por el momento, pueden confluír en el plano procesal, por más que en determinados sectores se vislumbran ya prácticas y fórmulas tangibles de acercamiento. Piénsese, por ejemplo, en el tema de los funcionarios públicos y las posibilidades que se ofrecen provenientes de sectores ajenos al Derecho administrativo, o pura y simplemente de la imitación de prácticas habituales en la empresa privada, como pueden ser la posibilidad de negociar convenios, llámeseles como se les llame, las técnicas de control de rendimientos, etc.

La noción de servicio público como tal no sirve ya para definir a la Administración y al Derecho administrativo; entiéndase, no sirve para organizar en torno a ella su eje nuclear explicativo. Otra cosa es la necesidad de imbuir a los funcionarios, por retomar el ejemplo de antes, en la idea del servicio público, entendido éste ahora en el sentido coloquial del término, frente a la visión exclusivamente laboralista que parece comienza a prevalecer y que, por lo demás, aquella otra no excluye, a partir de la conocida distinción entre relación orgánica y relación de servicio. Pero si la noción de servicio público no sirve para explicar y conceptualizar globalmente el Derecho administrativo, ello no quiere decir, sin embargo, que a los efectos que ahora interesa deba ser enviada en bloque, sin más, al baúl de la historia. Importa destacar en ella para hoy y para el Derecho administrativo la idea del fin, que estaba en la base de la configuración realista de DUGUIT. El criterio del fin, el criterio del servicio al que me acabo de referir al aludir a los funcionarios, el criterio de la actividad, la idea que liga, en última instancia, esa actividad a la autoridad pública (137) y que conlleva, en una palabra, rellenar de contenido material una definición abstracta y demasiado formal de lo que sea la Administración, que fue contra lo que, a mi modo de ver, reaccionó DUGUIT, construyendo una teoría que si se ha visto superada en el plano de

(136) S. MARTÍN-RETORTILLO: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960, p. 97.

(137) Cfr. J. A. MANZANEDO: *Servicio público...*, cit., p. 237.

la realidad, a la que él tanto aludía, conserva la viveza de su atractivo, la virtud de mantener la mala conciencia en un Derecho a veces en exceso apegado a lo formal y conserva la idea, sólo entonces apuntada pero hoy decisiva, de que el Estado, la Administración, deben proporcionar unas prestaciones reales y tangibles que fomenten el principio de solidaridad social, coadyuven a la igualdad y, sin embargo, dejen campo libre —y en este punto sí que hay que retomar lo mejor del liberalismo clásico contra el que de alguna manera se expresaba DUGUIT— a la actividad individual en lo referente a los derechos y libertades fundamentales, a las llamadas libertades-autonomía (138). Es cierto que el planteamiento de DUGUIT ofrece algunos peligros y el riesgo de interpretaciones que se alejen de estos postulados para desnaturalizar la idea a la que aquí se alude; peligros, por lo demás, de signo contrario, pero que en su oposición ofrecen más líneas de convergencia de las que a primera vista pudiera parecer. Pero ese riesgo es común a otros muchos planteamientos. En todo caso, no se trata de reconstruir el edificio del Derecho administrativo en torno a esta idea. Ya lo hemos dicho. No se trata de oponer un criterio frente a otro. Recordemos las palabras con las que comenzamos este trabajo. No hay exclusivismo sino, quizá, sincretismos. No hay monopolios sino entrecruzamiento. «El Derecho, que es una obra viva, necesita, como la vida, de síntesis», decía Maurice Hauriou en cita que también hemos recordado al comienzo de este trabajo.

Cuando la Constitución española de 1978 regula de manera detallada y con voluntad de directa aplicación los derechos y libertades ese campo libre a la autonomía individual, al que más atrás nos referíamos, puede tener consecuencias concretas en el plano jurisdiccional, como he esbozado en otro lugar (139). Pero cuando la Constitución,

(138) Justificando el nuevo marco del Estado social de Derecho como un Estado de prestaciones, E. R. HUBER afirma, no obstante, los límites de ese Estado, los límites de lo que él denomina «la política para la existencia», que no son otros que garantizar las condiciones de libertad del individuo en la sociedad actual, no anulando esa libertad con un perfecto sistema protector y previsor. Libertad individual y actividad del Estado no son, pues, dos términos antitéticos, sino complementarios. La referencia de HUBER es de su trabajo («Vorsorge für das Dasein. Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz von Stein», publicado en *Festschrift für Ernst Forsthoff*, Munich, 1974, pp. 160 y ss., pero la tomo de GARCÍA-Pelayo: *Las transformaciones...*, cit., p. 28.

(139) Cfr. mi trabajo «La vía judicial previa al recurso de amparo constitucional (el artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)» en el volumen colectivo *El Tribunal Constitucional*, tomo II, Madrid, 1981, pp. 1669 y ss., donde, entre otras cosas, se sugieren posibles vías judiciales previas al recurso de amparo, distintas del contencioso-administrativo, que garantizarían el acceso al Tribunal Constitucional de posibles violaciones de derechos fundamentales inferidas

también, expresa en su artículo 9.º.2 que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social», cabe preguntarse si no son estas palabras las que dan hoy la imagen y el símbolo de la idea de la construcción de DUGUIT, por encima de cualquier pretensión dogmática de edificar sobre ella una técnica jurídica concreta. De la misma manera que cabría también preguntarse, como han hecho algunos, si esta respuesta constitucionalizada ha de poner el acento en el carácter social o en el democrático del Estado (140); si es una respuesta mecanicista al estadio actual de la sociedad y del sistema económico en el que nos movemos y la garantía, o el precio, de su afianzamiento o si, por el contrario, puede también por evolución y contraste propiciar una salida hacia otros moldes de vida que supongan una mejor y más eficaz distribución de los bienes culturales, sociales y económicos anteponiendo, como señala GARCÍA-Pelayo, «los intereses de la totalidad de la sociedad sobre cualesquiera otros, aunque para ello sea necesario operar cambios

en el ámbito privado o por la propia Administración cuando ésta opera con fórmulas jurídico-privadas. Cfr. también A. EMBID: *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*, en el mismo volumen, tomo I, págs. 901 y ss., y también en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 25 (1980), pp. 191 y ss., y T. DE LA QUADRA SALCEDO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981.

En la Sentencia de amparo 67/1982, de 15 de noviembre («BOE» de 10 de diciembre), el Tribunal Constitucional se plantea, precisamente, un supuesto en el que no cabe como vía judicial previa el contencioso y, después de constatar la posible laguna legal, admite como tal vía previa la de la jurisdicción laboral, aunque, finalmente, desestima el recurso tras entrar en el fondo.

(140) «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», dice el artículo 1.1 de la Constitución de 1978, proclamando su voluntad de «establecer una sociedad democrática avanzada», según añade el preámbulo. Si los moldes del Estado social permanecen aún oscuros, mucho más lo están los del llamado «Estado democrático». Para algunos se trataría, por ejemplo, de una superación de las insuficiencias del Estado social. Es el caso de E. Díaz, para quien a esa «superación» no se llegaría «naturalmente» desde el Estado social, pero a la que se «puede llegar» (cfr. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 111 y ss., en especial 114). En todo caso la cuestión, dejando al margen las meras creencias, apela hoy, a mi juicio, a la tarea de rellenar de contenido la vaga referencia al Estado social de Derecho, porque quizá para superar algo es preciso antes su pleno desenvolvimiento. Ya es difícil ir, decía Machado...

profundos» (141) en la estructura del sistema económico y del poder social.

La contestación a todos estos interrogantes no pertenece, obviamente, al Derecho administrativo, pero el Derecho administrativo, sin embargo, acaso pueda ayudar a encontrarla, desde el modesto pero importante papel que tiene encomendado, desde ese equilibrio que lo sustenta, siempre rehaciéndose, entre el poder y la libertad. Lo que sucede es que hay muchas maneras de afirmar la libertad. Y la exigencia de una libertad efectiva implica hoy también, en muchos aspectos, la acción del Estado. Decía HAURIUO, en 1897, que «según las épocas se es liberal de formas diversas; ello depende de los obstáculos que se levanten ante la libertad. Hubo un tiempo en que ser liberal suponía favorecer la expansión del Estado, porque los peligros de opresión provenían de las fuerzas sociales antagonistas. Hoy los papeles se han cambiado, el punto de equilibrio parece haber sido rebasado, el Estado se ha hinchado en exceso y es él quien amenaza con oprimir la libertad; se es liberal luchando por limitar al Estado» (142). Por encima de cualquier simplificación, no creo que estas palabras puedan hoy suscribirse en su literalidad. El mecanismo es más complejo, porque la libertad, para ser real hoy, necesita también muchas veces de la acción social del Estado y éste, a la vez, halla su límite en las libertades básicas. En la medida en que se pueda conciliar la libertad política e individual, propia del liberalismo, con la superación, en el plano económico, de ese mismo liberalismo, se están dando pasos también hacia un nuevo modelo de Estado cuya etiqueta —social o democrática— seguramente es lo de menos.

(141) «El Estado social y sus implicaciones» en *Las transformaciones...*, cit., página 82. Véanse también las pp. 23 y 28 y s. La cita completa es la siguiente: «En el supuesto de que el sistema económico establecido no ofreciera insumos positivos para la realización de la idea social del Estado, éste se vería obligado no ya a operar cambios para el mantenimiento del sistema, sino para su transformación. Bien entendido que los principios que informan al Estado social no son primordialmente distribuir cada vez más —lo que es deseable, pero no siempre realizable— ni un crecimiento indiscriminado del bienestar social, sino distribuir mejor y asegurar la vigencia de un sistema económico que, supuesta la escasez, la administre con eficacia y justicia y anteponga los intereses de la totalidad de la sociedad nacional sobre cualesquiera otros, aunque para ello sea necesario operar cambios profundos en su estructura» (pp. 81 y 82).

(142) En el Prefacio a la 3.^a edición (1897) del *Précis de Droit Administratif*. Cito por la versión incluida en el volumen titulado *Obra escogida*, cit., p. 36. Para centrar las palabras de HAURIUO en su contexto y ver la evolución de la idea del Estado en Francia y sus connotaciones económicas es muy interesante el libro del historiador de la Escuela de March Bloch y Lucien Febvre, Charles MORAZE: *La Francia burguesa*, Barcelona, 1967, en especial pp. 214 y ss. y 223 y ss.

2. Seguridad y salubridad públicas

